This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

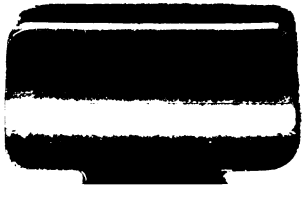
**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

UC-NRLF
$B 20 880

LIBRARY
OF THE
UNIVERSITY OF CALIFORNIA.

*Class*



# Die Servituten.

## Eine civiliſtiſche Abhandlung

von

Oscar Schönemann,
Miniſterialſecretair in Sondershauſen.

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA

Leipzig, 1866.
Verlag von Johann Ambroſius Barth.

HT861
S35

M. N. M.

# Vorwort.

Wer den heutigen Strömungen des Rechtslebens mit prüfendem Blicke folgt, täuscht sich schwerlich darüber, daß die allerorts hervortretende Forderung legislatorischer Revision und Fortbildung des geltenden Rechts bewußt oder unbewußt zugleich die Frage aufwirft, ob auf dem Grunde des recipirten römischen oder des einheimischen deutschen Rechts weitergebaut werden soll. Diese Frage schließt den Zweifel in sich, ob die römischen Elemente des Rechtsgebäudes mit der modernen Rechtsanschauung im Einklang stehen, und ob sie einer organischen Weiterbildung durch die gestaltenden Kräfte des heutigen Verkehrs und Lebens fähig sind.

So einfach diese Fragen klingen, so schwierig ist doch ihre Beantwortung, da sie die vollständige Uebersicht über das ganze umfängliche im römischen und deutschen Recht niedergelegte Material voraussetzt. Denn es ist leicht ersichtlich, daß diese principielle Erörterung nur dann zu einem richtigen Resultate gelangen kann, wenn sie von einer wissenschaftlichen Beherrschung des vorhandenen Rechtsstoffs in allen seinen formellen und materiellen Beziehungen getragen wird. Solche Herrschaft über den Stoff wird nur derjenige gewinnen, der sich gewöhnt, das Recht nicht als ein Conglomerat einzelner zusammenhangsloser Rechtssätze, sondern als ein in sich

geschlossenes organisches Ganze zu betrachten, der die Einheit in der Mannichfaltigkeit der Gestaltungen sucht und sich die innere Nothwendigkeit des Zusammenhangs der einzelnen Rechtszweige unter einander und mit dem gemeinschaftlichen Stamme zum Bewußtsein bringt.

Die Grundprincipien des römischen und des deutschen Rechts und das in diesem und in jenem ausgeprägte Verhältniß von Princip und positivem Rechtswillen: dieß sind die Puncte, auf deren wissenschaftliche Ergründung die Rechtswissenschaft heutzutage gerichtet sein muß.

Die meisten Juristen möchten nicht anstehen, diesen allgemeinen Sätzen beizustimmen, dagegen dürften die Ansichten über das, was eigentlich diese Grundprincipien des Rechts und deren Verhältniß zum positiven Rechtswillen bedeuten, gar sehr auseinandergehen.

Noch vor einem Menschenalter zwar würde kaum ein Jurist gezögert haben, dieses Verhältniß als den Gegensatz von Naturrecht und positivem Recht zu bezeichnen, und auch heutzutage lebt noch in dem Einen und dem Anderen, wie es scheint, ein Gelüste fort, die alte Naturrechtserfindung in neuer und verbesserter Gestalt wieder aufzulegen.

Man weiß ja, wie in jüngster Zeit eine „naturgeschichtliche Methode" versucht, die Ziele der heutigen Jurisprudenz und die Principien des Rechts in einer neuen Weise zu formuliren und zu definiren. Nimmt man von dem, was Ihering,[1]) der Begründer dieser Methode in näherer Ausführung vorbringt, die Ausschmückung der Phrase weg, so bleibt als Residuum kaum etwas anderes als die alte Naturrechtstheorie mit einigen verschwommenen Zuthaten. Um das römische Recht zu erfassen, — so lesen wir bei Ihering — genüge nicht eine Kritik, welche die Ueberlieferungsformen des

1) In seinem Buche: „Geist des römischen Rechts ꝛc." Theil 1. 2 und 3 Abth. 1. 1852—65 und in den von ihm (und Gerber) herausgegebenen „Jahrbüchern für Dogmatik ꝛc." Bd. I.

römischen Rechts zum Gegenstande hat, sondern es werde eine Kritik des Rechts überhaupt, eine „allgemeine Naturlehre" desselben erfordert, welche „auf rechtsphilosophischem und empirisch-comparativem Wege vervollkommnet" werden müsse. Die Rechtsbildung erscheint Ihering als ein Operiren mit Systemen, mit Principien, und die Art, wie mit diesen Systemen das Recht (logisch) construirt werde, das nennt er die „Technik des Rechts."

Es gehört ein ganz besonderer Standpunt dazu, um anzunehmen, daß das Princip der Rechtsbildung ein logisches sei. Der logische Proceß mit seiner nothwendigen Folge von Voraussetzung und Schluß bildet den vollständigen Gegensatz zu dem Leben und dessen freiem Fortwachsen auf materiellem und geistigem Gebiete. Wenn wirklich die Rechtsbildung überhaupt rein systematisch erfolgte, und wenn insbesondere die Bildung des römischen Rechts in Form eines logischen Processes vor sich gegangen wäre, so würde das darthun, daß das Recht überhaupt und speciell das römische Recht nichts sei, als eine todte Form, ein dem Leben abgewandtes Abstractum. Glücklicher Weise ist das Recht weit davon entfernt, dieß zu sein. Es entwickelt sich nicht nach der Starrheit logischer Principien und nach der zwingenden Nothwendigkeit logischer Folgerungen, sondern als die Form und die Hülle des lebendigen Stoffes wird es aus diesem und mit diesem durch die wirkenden Kräfte der Natur und der Menschheit geschaffen und fortgebildet.

Diese Weise der Rechtsbildung ist auch bereits von Anderen im Allgemeinen richtig aufgefaßt und dargestellt worden, zumal von Leist.[2]) Auch er erkennt, wie Ihering, etwas von der positiven Rechtssatzung Verschiedenes an, aber nichts subjectiv Gemachtes, wie es ein logisches Abstractum ist, sondern ein objectiv Gegebenes, welches er die Physis der Lebensverhältnisse in ihrem Gegensatz zu den positiven Rechtsinstituten nennt.

---

2) Civilistische Studien. 3. Heft. Ueber die Natur des Eigenthums. 1859.

Gewiß existirt in der Gestaltung der Lebensverhältnisse etwas objectiv Gegebenes und unabhängig von dem positiven Recht oder richtiger *vor* demselben Entstandenes. Dieses objectiv Gegebene ist ein Stück des Lebens selbst, welches in einer weiteren Phase seiner Entwickelung die Form des Rechts erhält, zum Recht wird. Das Bewußtsein des weiteren Volkskreises von dem Vorhandensein dieses Gewordenen und die Form, in welcher das letztere zum Anerkenntniß gelangt, das sind die Elemente, welche das *thatsächlich* Bestehende zu einem *rechtlich* Bestehenden, welche die Thatsache zum Recht erheben. Es bezeichnen diese beiden Stücke keinen Gegensatz (wie bei *Leist* die Physis der Lebensverhältnisse und die positiven Rechtsinstitute), sondern zwei historische Stufen einer einheitlichen Entwickelung und Weiterbildung. Das Thatsächliche und das Rechtliche stehen nicht in einem Gegensatz, sondern in dem organischen Zusammenhang von *Stoff* und *Rechtsform*.

Die Art, wie sich dieses thatsächlich Werdende entwickelt, hängt zunächst wesentlich von äußeren Bedingungen, von Einflüssen des Bodens, der klimatischen Verhältnisse, der Gestalt und örtlichen Lage eines Landes ab, und insoweit können solche gleiche Bedingungen bei zwei Völkern höchst verschiedener Abstammung doch zu einer gleichen Ablagerung dieses Thatsächlichen führen. Indessen bleibt auch das nationale Gepräge eines Volksstammes nicht ohne bestimmenden Einfluß auf die Bildung dieses thatsächlichen Stoffes, vielmehr setzt sich die Eigenthümlichkeit einer Nation mehr oder minder bis in die kleinsten Theile ihrer Lebensverhältnisse fort und verleiht auch diesen einen gewissen nationalen Typus. So wird der thatsächliche Stoff bei gleichen äußeren Bedingungen im Allgemeinen zwar bei allen Völkern gleiche Structur gewinnen, jedoch im Einzelnen einen gewissen Anhauch der Nationalitäten zeigen.

Dieses Verhältniß kehrt sich um beim Proceß der rechtlichen Gestaltung des Stoffes, da diese ihr Gepräge hauptsächlich durch

den individuellen Volkskarakter erhält. Die Form, in welcher der thatsächliche Stoff zur rechtlichen Gestaltung gelangt, wird wesentlich national gebildet, und insofern zeigt das einheimische Recht eines jeden Volkes eine besondere, gerade ihm eigenthümliche Physiognomie; deßhalb kann und wird ein bei zwei verschiedenen Völkern (denkbar) völlig gleicher thatsächlicher Stoff doch sehr verschiedene rechtliche Gestaltung haben.

Schon die im Vorstehenden angedeuteten Beziehungen von Stoff und Rechtsform lassen erkennen, von welcher principiellen Wichtigkeit die Erkenntniß und Scheidung dieser beiden Stücke für alle Rechtsforschung ist. Nur das Verkennen dieses Unterschiedes konnte zu jener „höheren" Jurisprudenz führen, welche die logische Consequenz an Stelle einer freien Würdigung des Rechts, seiner realen Exigenzen und seines Zusammenhanges mit dem Leben stellt.

In der Untersuchung des ersten Stückes, des thatsächlichen Stoffes, da liegt der Punct, wo Jurisprudenz und Nationalöconomie Hand in Hand zu gehen haben. Nur die richtige Verbindung Beider und die Vereinigung der beiderseitigen Kräfte ermöglicht ein lebendiges Verständniß des Rechts überhaupt und des römischen Rechts insbesondere. Man kann das nicht leicht besser und erschöpfender ausdrücken, als es Roscher in seinem Vorworte zu Dankwardt's „Nationalöconomisch-civilistischen Studien"[3]) gethan hat, und ich wüßte in der That nicht, was ich dem von ihm Gesagten noch hinzufügen sollte.

Diese allgemeinen Bemerkungen haben eine erhöhte Bedeutung für das Sachenrecht überhaupt und für das Verhältniß der Sachenrechte zu einander insbesondere. Gerade in dieser Rechtspartie beschäftigte sich die Mehrzahl der Juristen bisher viel zu sehr mit Untersuchung der einzelnen Rechtssätze von den Sachenrechten und mit ihrer Einfügung in das Rechtssystem, ohne der Grundnatur der Institute nachzuspüren und ihren materiellen Gehalt in

3) Leipzig und Heidelberg. 1862.

seiner volkswirthschaftlichen Bedeutung gehörig zu würdigen. Diese Unterlassung macht sich in der Lehre von den Servituten besonders fühlbar und ist unstreitig der Grund, warum das verhältnißmäßig beste Werk über diesen Gegenstand es in der Erkenntniß des Servitutenwesens nicht weiter gebracht hat, als zu einer abentheuerlichen Theorie.

Die nachfolgende Abhandlung verfolgt den Zweck, das angedeutete Verhältniß des thatsächlichen Stoffes und der rechtlichen Gestaltung an einer speciellen Rechtspartie zu illustriren und an diesem Beispiel die Berechtigung und die Wichtigkeit solchen Unterschiedes für das gesammte Rechtsgebiet nachzuweisen.

Hierin liegt, wie gesagt das Ziel der nachfolgenden Abhandlung, für welche eben deßhalb die Berichtigung untergeordneter Fragen nur von nebensächlicher Bedeutung erscheint.

Sondershausen, den 23. October 1865.

# Inhaltsverzeichniß.


Seite

Einleitung.

I. Quellen . . . . . 1
II. Literatur . . . . . 1

Erster Abschnitt.
Begriff der Servituten.

Umfang der Bezeichnung. § 1 . . . . . 5
Der thatsächliche Stoff der Servituten. § 2 . . . . . 9
Die rechtliche Gestaltung. § 3—6 . . . . . 13
Resultate. § 7 . . . . . 23
Definition. § 8 . . . . . 25

Zweiter Abschnitt.
Der Einzelausbau der Servituten.

I. Allgemeines. § 9. 10 . . . . . 28
II. Personalservituten.
1. Allgemeines. § 11—13 . . . . . 35
2. Usufructus.
a. Allgemeines. § 14—17 . . . . . 50
b. Umfang der Befugnisse. § 18 . . . . . 57
c. Verpflichtungen. § 19 . . . . . 60
d. Uebertragbarkeit. § 20. 21 . . . . . 65
e. Theilbarkeit des Usufruct. § 22 . . . . . 74
3. Quasiusufructus. § 23. 24 . . . . . 79
4. Usus. § 25 . . . . . 86
5. Die s. g. irregulären Personalservituten. § 26—28 . . . . 88
III. Realservituten.
1. Im Allgemeinen. § 29—31 . . . . . 103
2. Einzelne Arten.
a. Allgemeines. § 32. 33 . . . . . 114
b. Einzelne Gebäudedienstbarkeiten. § 34 . . . . . 126
c. Einzelne Felddienstbarkeiten. § 35 . . . . . 129

Seite

IV. Entstehung der Servituten.
1. Allgemeines. § 36 . . . . . 133
2. Besonderes.
a. Bestellung. § 37—41 . . . . . 134
(§ 41. Bedingungen und Zeitbestimmungen) . . . . 150
b. Erwerbende Verjährung.
α. Der Quasibesitz der Servituten. § 42—44 . . . . 153
β. Die Ersitzung. § 45 . . . . . 162
V. Endigung der Servituten.
1. Im Allgemeinen. § 46 . . . . . 165
2. Insbesondere.
a. durch Verzicht des Berechtigten. § 47 . . . . . 165
b. durch Endtermin und auflösende Bedingung. § 48 . . 170
c. durch Verjährung. § 49. 50 . . . . . 171
d. durch Veränderung der dienenden Sache } § 51 . . . . 180
e. durch Untergang des Subjects . . . }
f. durch Confusio und Consolidatio. § 52 . . . . . 182
VI. Rechtsschutz der Dienstbarkeiten.
1. Actio confessoria. § 53 . . . . . 184
2. Actio Publiciana. § 54 . . . . . 188
3. Besitzesklagen. § 55. 56 . . . . . 189

# Die Servituten.

# Berichtigungen.

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Seite | 6 | Zeile | 20 | l. Rechtssätze st. Rechtsfälle. |
| " | 10 | " | 27 | " Werthseiten st. Werthheiten. |
| " | 12 | " | 38 | " daß st. das. |
| " | 15 | " | 6 | " daß st. das. |
| " | 18 | " | 19 | " Nießbrauch st. Mißbrauch. |
| " | 19 | " | 31 | " annahm st. abnahm. |
| " | 22 | " | 27 | " in der Ausübung derselben durch die Servitutberechtigung ꝛc. |
| " | 29 | " | 19 | " in st. an. |
| " | 53 | " | 6 | " keinen st. keine. |
| " | 54 | " | 38 | " diese Servitut. |
| " | 73 | " | 31 | " ἐξωτικῷ st. ἐζωτικῷ. |
| " | 108 | " | 31 | " sein st. ein. |
| " | 115 | " | 27 | " da st. das. |
| " | 136 | " | 23 | " continent st. centinent. |

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA

# Einleitung.

## I. Quellen.

1. Gajus, commentarius. II. §§ 29. 30. 31. 32. 33. IV. § 3.

2. Ulpiani fragmenta tit. XIX. § 1. 11.

3. Fragmenta Vaticana tit. II. de usufructu §§ 41—93. Leider sind die werthvollen Vatic. Fragmente gerade in diesem Titel zum Theil sehr lückenhaft.

4. Sexti Pomponii fragm. de Servitutibus.

Die unter 1 bis 4 citirten Quellen sind u. A. in den Flores juris antejustinianei etc. rec. Laboulaye Paris 1839 — einer hübschen Handausgabe abgedruckt.

5. Justinianeische Rechtsbücher.

a. Instit. II, tit. 2. 3. 4. 5.

b. Dig. lib. VII. VIII. XXIII tit. 3; XXXIII, 2; XLIII, 19. 20. 21. XLIV, 22. 23.

c. Cod. III, 33. 34.

Neben diesen direct von den Servituten handelnden Stellen der Justin. Rechtsbücher geben ein reichhaltiges Material gewisse andere Stellen, welche allgemeine Lehren (z. B. Theilbarkeit) betreffen und gelegentlich die Anwendung der letzteren auf die Servituten geben. Sie werden betreffenden Orts citirt werden.

## II. Literatur.

1. Die Glosse zu den oben angeführten Stellen aus den Justinianeischen Rechtsbüchern. Für die Interpretation einzelner Stellen sind die Glossen höchst schätzenswerth. Für die Theorie der Servituten im Allgemeinen ist aber nicht eben viel aus ihnen zu gewinnen.

Wo die Glosse in Folgendem citirt wird, geschieht dies nach folgender Ausgabe:

Corpus juris civilis glossatum in 5 Bdn. gr. Fol. Paris 1536. 37. 38. (François Fradin)

welche die Accurſiſche Gloſſe und Zuſätze von Egidius Perrin enthält.

2. Barthol. Caepolla: Tractatus de Servitutibus urbanor. praed. und Tr. d. s. rustic. praed., oft gedruckt: Col. Agripp. 1579. 8°. auch in der Sammlung Varii tractatus D. Barthol. Caepollae. Lugd. 1552. D. und in den Tractatus universi juris. Lugd. 1549. Venet. 1584. T. VI. P. 2. Fol. 176—243. ſowie in einer Ausgabe von Tractatus „per egregium virum magistrum Johannem de gradibus utriusque juris professorem" ohne Angabe von Druckort und Zeit.

In einer geſchmackloſen Einleitung, die ſich mit vielem Selbſtgefühl über die Kunſt und gewiſſe Erfolge des Bücherſchreibens verbreitet, verkündigt er, daß er, was vor ihm noch Keiner gethan, ein Buch über die Servituten ſchreiben werde. Dieſes Buch nun oder dieſe beiden Tractate geben zunächſt eine Aufzählung deſſen, was allen Servituten gemeinſam ſei, ſcheidet dann die perſönlichen von den Realſervituten und verweilt ſodann bei der Betrachtung der letzteren.

Wir begegnen darin neben einem „Reichthum an practiſchem Detail" ſchon geläuterten theoretiſchen Unterſuchungen, finden aber doch, daß Cäpolla noch viel zu ſehr unter dem Gewicht der Gloſſe ſteht, als daß er ſich ganz zu einer ſelbſtſtändigen Arbeit hätte erheben können.

2. A. de Leon: Commentar. in tit. ff. de servitutibus. Salmanticae 1581.

3. Joannes Corasius: De servitutibus praediorum (primum seorsum excusus) Marpurgi 1592. 8°. Coraſius (geb. 1515 zu Toulouſe, 1572 ermordet), dieſes frühreife Genie (er ſoll gar ſchon mit 14 Jahren ſeine Lehrthätigkeit begonnen haben) verfaßte ſein Buch in den Jahren 1545 und 46. Durch eingeflochtene Verſe aus Claſſikern ſucht er manchen ſterilen Partieen ſeines Werkes eine gewiſſe Amönität zu geben, nicht immer mit beſtem Erfolge, und nicht ohne das manchmal Barbariſche ſeines Lateins noch fühlbarer zu machen. Im Ganzen iſt er ohne beſonderen Werth.

4. J. Harpprecht: Comment. de Servitutibus realibus et personalibus. Tüb. 1612. 8°.

5. Merillius ad tit. Dig. de Servitutibus Commentarius,

in E. Otto Thes. jur. Rom. Tom. III. pag. 634 sequ. (Anf. des 17. Jahrhunderts.)

6. M. Aur. Galvani: De usufructu dissert. variae etc. Patav. 1650. fol. — Genev. 1676. 4°. — Ed. nova. emend. Tub. 1788. 4°. ſtrotzend von gelehrten Citaten. In einzelnen Partieen iſt er nicht ohne Verdienſt, und zeigt hie und da ein, wenn auch noch nicht ganz klares Gefühl des Richtigen, daher er mit manchem Nutzen zu leſen iſt.

7. Walzenegger: Tr. de servit. personalibus et realibus etc. Ingolst. 1637. 4°.

8. J. d'Avezan: Servitutum liber. Aurel. 1650. (Meermann, thesaur. T. IV. pag. 119 sequ.)

9. F. M. Pecchius: Tractatus de aquaeductu etc. 4. 1681. 1686.

10. Derſelbe: Tractatus de Servitutibus Genev. 1698.

11. H. Stamm: Tractatus de Servitute personali in III. lib. dist. Frcf. 1699. 4.

12. Janus a Costa: ad tit. I. lib. 8. D. de servitutibus (Ende des 17. Jahrhunderts).

13. C. H. S(yringii) Theatrum servitutum oder Schauplatz der Dienſtbarkeiten. Nürnb. 1709. 4°.

14. Noodt: de usufructu libri II. zuerſt Lugd. Batav. 1713. 4°.

15. H. F. Dandinus: De servitutibus praediorum interpretationes per epistolas, ad loca quaedam libri VII et VIII Pandectarum illustranda pertinentes. Veron. 1741.

16. Dr. Ernst Chr. Westphal: Interpretationes juris civilis de libertate et servitutibus praediorum artis ordine digestae. Lipsiae 1773. 8°. Um die Natur der Servituten zu erkennen — ſo iſt der Ideengang des Buches — ſei es nothwendig, die „natürliche", durch keine Servituten beſchränkte Freiheit der Grundſtücke ſich klar zu machen, alſo die Servituten an ihrem Gegenſatze zu erkennen. Indem W. dieſe alte Theorie von der libertas praedii ſo recht an die große Glocke ſchlägt, zählt er alles Mögliche und Unmögliche auf, was der unbeſchränkte Eigenthümer auf dem Seinigen thun dürfe, bezüglich nicht zu leiden brauche. Indem dann W. zu den Servituten als dem Gegenſatz dieſer natürlichen Freiheit übergeht, giebt er eine geiſtloſe Zuſammenſtellung einzelner Regeln, ohne auch nur den Verſuch einer Zurückführung auf gemeinſame Principien zu wagen. Das Buch iſt in jeder Beziehung völlig unbrauchbar.

17. de Selchow: De servitute altius tollendi etc. Gött. 1755. 4°.

18. I. J. C. Engelbrecht: De servitutibus juris publici. Magdeb. 1768. 4°.

19. C. C. Dabelow: Ueber die servitus luminum der Römer ꝛc. Halle 1804. 8°.

20. Gebhardt: Ueber den Unterschied von den Servituten und Zwangs- und Banngerechtigkeiten. Leipzig 1807.

21. v. Münter: Die Servituten nach dem reinen Sinne der Röm. und Napol. Gesetzgebung. Hannov. 1806—10. 2 Thle. 8.

22. K. C. W. Klötzer: Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast, insbesondere bei angestellter actio confessoria und negatoria. Jena 1813. 8°.

23. H. C. Stever: De servitutibus praediorum. Rost. 1816, 17. 2. Partes.

24. L. F. Griesinger: De servitute luminum, et ne luminibus officiatur etc. Leipzig 1819.

25. M. Schuster: Ueber das Baurecht, Verbietungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch von Dienstbarkeiten, Ersitzung und Verjährung derselben; dann über die einzelnen Arten der Dienstbarkeiten nach dem röm. u. österreich. Recht. Prag 1819. gr. 8°.

26. J. M. Pardessus: Traité des servitudes ou services fonciers. 6. Edit. 8. Paris 1823.

27. Esser, Kritische Beleuchtung des römischen Rechts über die Beweislast bei den Servituten-Klagen. Trier 1826. gr. 8°.

28. H. Härtel, de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis. 4. Lips. 1828.

29. Luden: Die Lehre von den Servituten. Gotha 1837. 8°.

30. C. F. Thomas: De ususfructu nominum. 8. Jena 1837.

31. E. Hoffmann, die Lehre von den Servituten, eine civil. Abh. Bd. I. Darmst. 1838. Bd. 2, 1843. 8°.

32. E. Theser: Die Fruchtnießung nach römischem Recht ꝛc. Wien 1839. 8°.

33. A. A. P. Cramer: De ususfructus natura. 8. Daventriae 1840.

34. v. Scheurl: De usus et fructus discrimine. Erlangen 8. 1846 (eine akademische Dissertation).

35. Dr. Rud. Elvers: Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856. 8°. Das umfangreichste und immerhin bedeutendste Werk

über die S. Es giebt eine Menge Detail, freilich nicht immer in gehöriger Sichtung. Im Einzelnen hie und da vortrefflich, muß doch der Ausgangspunct, die Grundlehre von dem Wesen der Servitut als verfehlt betrachtet werden.

Einen fast wörtlichen Auszug giebt Heimbach im Rechtslexicon XI. S. 867—955, ohne irgend welche bemerkenswerthe eigene Zuthat.

36. Rich. Cohnfeldt: Die sogenannten irregulären Servituten nach römischem Recht. 8°. Leipzig 1862.

37. A. Hesekiel, de origine personalium servitutum earum, quibus irregalaribus nomen indi solet. 8. Berolini 1862.

Außer den bisher citirten selbstständigen Werken sind noch die betreffenden Abschnitte der Hand- und Lehrbücher der Justitutionen und Pandecten zu vergleichen. Von den älteren ist das bedeutendste und auch für die Servitutenlehre äußerst wichtig

Hugo Donellus, Commentarii de jure civili zuerst Frcf. 1589 ff., dann noch oft gedruckt: neuerdings herausgegeben von König und Bucher. Norimb. 1801—34. Durch sein ganzes Werk geht das Bestreben, sich von dem Geistlosen in dem Schematismus der Glosse, welche seine Vorgänger fast höher stellen, als die Quellen selbst, freizumachen durch das Studium der Quellen selbst. Hätten die Neueren, statt sich mit eigenen Grillen abzuplagen, den Donell studirt, so würde es gewiß nicht möglich gewesen sein, daß so viel Falsches über die S. geschrieben worden wäre. Den richtigen Grund der Lehre finden wir wenigstens im Keime bei Donellus und werden wir öfters auf ihn zurückkommen.

## Erster Abschnitt.

# Begriff der Servituten.

### Umfang der Bezeichnung.

### § 1.

Die heutige Lehre pflegt unter dem gemeinsamen Ausdruck „Servitus" diejenigen Formen der Sachenrechte zusammenzufassen,

welche das römiſche Recht unter den Namen Usus, Ususfructus, Operae servorum, Habitatio und Jura praediorum kennt. Dieſe Bezeichnung, welcher heutzutage die Bedeutung eines allgemein üblichen und beſtimmt abgegrenzten Kunſtausdrucks beiwohnt, kommt in ſolchem Sinne in den römiſchen Rechtsbüchern nicht vor. Zwar findet man auch in den letzteren einige Stellen, welche das Wort Servitus als Collectivbezeichnung für die eben bezeichneten Rechte brauchen[1]), allein augenſcheinlich nicht in der Abſicht, damit die ſyſtematiſche Zuſammengehörigkeit und innere rechtliche Gleichartigkeit der zuſammengefaßten Rechtsinſtitute zu conſtatiren. Könnte es irgendwie zweifelhaft erſcheinen, daß ſie dieß nicht wollten, ſo muß jeder Zweifel verſchwinden, wenn man in l. 86 § 4 D. de legat. et fideicomm. I. (XXX.) ſogar die Superficies eine Servitut nennen hört: dieſe dürften die Römer doch gewiß nicht ſyſtematiſch auf gleiche Stufe mit den obigen fünf Rechtsinſtituten haben ſtellen wollen.

Neben dieſer allgemeineren Bedeutung beſitzt der Ausdruck Servitus in den römiſchen Rechtsquellen einen engeren Sinn, indem er ſpeciell die Jura praediorum, oder nach heutigem Sprachgebrauch die Realſervituten bezeichnet. Ueberall wo es auf ſyſtematiſche Ordnung und Unterſcheidung der Rechtsfälle ankommt, tritt das Wort Servitus nur in ſeiner engeren Bedeutung auf. Es bezeichnet alsdann wirklich eine innere Zuſammengehörigkeit der jura praediorum und ſcheidet dieſelben als eine Gruppe von rechtlich gleicher Grundnatur aus der Zahl der übrigen Sachenrechte aus[2]).

Man hat das Nebeneinander-Vorkommen dieſer engeren und jener weiteren Bedeutung durch die Bemerkung zu erklären verſucht, daß die jura praediorum die älteſte Servitutenform geweſen ſeien, der ſich erſt in ſpäterer Entwickeluug des Rechtslebens die Perſonalſervituten angeſchloſſen hätten, und daß in Gemäßheit dieſer äußeren Entſtehungsgeſchichte der Servituten auch die Theorie zunächſt nur die jura praediorum als servitutes gekannt, erſt ſpäter die ſpäter entſtandenen Perſonalſervituten mit demſelben Ausdruck bezeichnet und durch ſolches Zuſammenfaſſen auch „die Anerkennung der gemeinſamen Grundnatur dieſer Rechtsbildungen zum Abſchluß ge-

1) Z. B. l. 1 D. de servitutibus VIII, 1; l. 1 § 9 D. ad leg. Falcid. XXXV, 2; l. 6 § 4 D. si servit. vind. VIII, 5.

2) Vgl. Gajus, Instit. II, 14. — Pomponii fragmentum de servitutibus. — § 3 J. de rebus incorporalibus II, 2; § 6 J. de usu et habit. II, 5; vgl. auch die Titel J. II, 3. Dig. VIII, 1 ff.

bracht" hätte. Mit einem gewissen geistreichen Schein fügt man dieser Hypothese die Bemerkung bei, daß dieser Abschluß sich nicht allzu früh vor der Zeit der classischen Jurisprudenz vollzogen haben könne, weil es schon eine verfeinerte Rechtsanschauung voraussetze, um den Namen Servitus, als die Bezeichnung des unfreien Verhältnisses eines Menschen, auf die unfreien Verhältnisse von Sachen auszudehnen. Vgl. Elvers die röm. Servitutenl. §§ 1, 3. Keller, Pandecten § 163. Elvers kann sich freilich der Erkenntniß nicht verschließen daß diese „Anerkennung doch eine mehr äußerliche geblieben" sei, „welche nicht die ganze Jurisprudenz durchdrang, und welche nicht die nöthigen Folgerungen für die Vereinfachung des Systems zu veranlassen vermochte". Er würde das Richtige getroffen haben, wenn er gesagt hätte, daß diese Anerkennung nur das Anerkenntniß einer äußeren Gleichheit gewesen sei und dann würde es ihn auch nicht weiter verwundert haben, daß hieraus keine Vereinfachung des Systems entsprungen ist. Die folgende Darstellung wird hiervon noch weiter zu reden haben.

Hier erübrigt nur die Bemerkung, daß auch der historische Vordersatz: die jura praediorum seien die ältesten Servitutenformen gewesen, schwerlich nachweisbar ist, noch weniger aber ist es die noch speciellere Elvers'sche Behauptung, daß die Wege- und Wasserleitungsservituten die ältesten Bildungen seien. Es ist ja bekannt, daß wohl jedes Volk mit einer blos occupatorischen Wirthschaft hat beginnen, und daß es je nach örtlichen Bedingungen von der Jagd der wilden Thiere und dem Fischfang, bezüglich von dem Leben des Hirten aufsteigend auf einer Vorstufe nach der anderen sich erst zum Ackerbau hat emporarbeiten müssen[3]). — Den Nomadenvölkern nun, wie es Jäger- und Hirtenvölker sind, hat der einzelne fundus noch gar keinen Werth, er existirt für sie noch gar nicht als einzelnes Ding. Erst wenn bei steigender Kultur ein Einzelner sich auf einem Stück Land, groß genug für die Befriedigung seines Bedarfes, ansiedelt, dasselbe beackert und mit Vieh bewirthschaftet, da erst entwickelt sich das Privatgrundeigenthum, und erst in dessen Gefolge treten die verschiedenen Wege- und Wasserleitungsrechte an dem nunmehr abgetheilten Grund und Boden auf.

Es folgt daraus, daß die Ausübung der Weidebefugnisse aus weit älterer Zeit datirt, als die Wege- und Wasserleitungsrechte.

3) Vgl. die vortreffliche Darstellung bei Roscher, System der Volkswirthschaft. 2. Bd. Nationalökonomik des Ackerbaues. §§ 7 ff.

Diese Weidebefugnisse sind aber zunächst nur an die Person des Hirten, nicht an ein Grundeigenthum, das er gar nicht kennt, geknüpft, sie sind daher nicht Realservituten, sondern Personalservituten, selbstverständlich sofern sie überhaupt Servituten sind, wovon später noch zu sprechen sein wird.

---

Die Beschränkung des Ausdrucks Servitus auf die jura praediorum waltet natürlich auch in den Glossen vor. Daneben haben jedoch die Glossatoren dieser unglücklichen Bezeichnung eine weitere Bedeutung gegeben, ja eine weitere noch als die heutzutage gewöhnliche. Indem sie nur den thatsächlichen Stoff ohne Berücksichtigung der Rechtsform, unter welcher er auftritt, betrachten, weiten sie den Begriff von Servitus dergestalt aus, daß sie darunter jede Unterwerfung einer Person oder Sache unter eine andere Person oder Sache verstehen. Sie betrachten also als Kriterium der Servitut lediglich das Unterworfensein unter eine fremde Rechtssphäre und identificiren solchergestalt Servitutes und jura[4]). Uebrigens liegt der Darstellung der Glossatoren augenscheinlich nur eine Art geistreichen Spieles unter, welche nicht entfernt darauf schließen läßt, daß die Glossatoren im Ernst eine innerliche Verwandtschaft der von ihnen zusammengestellten Unterwerfungsverhältnisse hätten behaupten und daraus Folgerungen für das System hätten ziehen wollen. Schon die Bezeichnungen mere personalis für die Sclaverei und mere realis für die jura praediorum im Gegensatz zu s. mixta für Usus und Ususfructus zeigen, daß die s. mixta sehr genau von jenen geschieden werden sollen, ja die unterschiedslose Nebeneinander- und Gleichstellung aller drei Arten von Servitus macht es noch deutlicher, daß die Glossatoren auch nicht einmal eine Zusammengehörigkeit von s. mere realis und s. mixta anerkennen wollten.

Gleichwohl stammt von dem arbor servitutum der Glossatoren der Same für die Entwickelung der Terminologie wie sie heute vor uns liegt. Diese Entwickelung geht unter den Nachfolgern der Glossatoren sehr rasch vor sich, und gelangt verhältnißmäßig bald derart zum Abschluß, daß nunmehr ganz allgemein Servitus in der heutigen Bedeutung, als gemeinsame Bezeichnung von Real- und Personalservituten, die denn auch als Unterarten unterschieden wer-

---

4) Die Glosse zu pr. I. II, 4; die am Schlusse von lib. VII, Dig. gegebenen definitiones servitutum; zu l. 1 D. de usufr. VII, 1 und pr. I. II, 3.

den, gilt. Indessen würde man irren, wenn man schon bei den ersten Nachfolgern der Glossatoren etwas mehr suchte, als die oben charakterisirte blos äußerliche Gleichstellung der Servituten. Die Behauptung innerer Verwandtschaft ist verhältnißmäßig jungen Datums. Selbst Donellus in seinen Commentarien erkennt nur ein thatsächlich Gemeinsames der Servituten darin an, daß sie in patiendo oder in non faciendo Seitens der Beschränkten beständen; er scheidet davon die rechtliche Gestaltung des Stoffes sehr genau[5]) und statuirt bezüglich dieser eine Grundverschiedenheit der beiden genera der Servituten[6]). Heutzutage freilich giebt es — leider — wohl schwerlich noch einen Juristen, der die Ansicht des guten Donellus nicht als eine Kurzsichtigkeit und als einen überwundenen Standpunct ansehen möchte, und der es nicht für ein ganz besonderes Verdienst um die „Vereinfachung des Systems" hält, alle diese Servitutenbildungen in einen Rahmen zu pressen, selbst wenn das mit Hülfe der abentheuerlichsten Theorien, an denen die Servitutenlehre der Neueren leider so reich ist, geschehen müßte.

## Der thatsächliche Stoff der Servituten.

### § 2.

Das Vorwort, welches dieser Abhandlung beigegeben wurde, hatte bemerkt, daß das Grundprincip der Betrachtung und Untersuchung eines Rechtsinstitutes in der genauen Scheidung des thatsächlichen Stoffes und der rechtlichen Gestaltung liegt.

Diese Scheidung ist ganz besonders für die Sachenrechte von augenscheinlicher Bedeutung.

Indem wir nun zunächst zur Betrachtung des thatsächlichen Stoffs der Dienstbarkeiten übergehen, ist vorauszuschicken, daß das Gebiet derselben, so wie der Sachenrechte überhaupt, da und soweit sie die Güter im vermögensrechtlichen Sinne betreffen, so recht eigentlich ein volkswirthschaftliches ist. Die Untersuchung dieser

5) Lib. IX, cap. XXII, § 1 re cognita, de qua quaerimus, de jure rei videndum est.

6) Er sagt: Quamobrem de servitutis jure, et de ceteris rebus nostris, tres sunt quaestiones, quomodo nobis acquiratur? quaesita quid contineat et quomodo conservetur? tum quomodo amittatur? De his non idem jus est in omni servitute. Variantur ista pro genere servitutis. Ideo de his ex genere servitutis judicandum. Hinc servitutum divisio, cujus usus hic ab initio: ut generibus servitutum propositis, tum deinde ex uno quoque de servitutis acquisitione, jure, amissione statuatur.

Rechte und speciell ihres thatsächlichen Stoffs muß daher von der nationalöconomischen Werthschätzung der Güter ausgehen. Es versteht sich, daß hier der Ausdruck „Güter" sowohl die res corporales, als die res incorporales des römischen Rechts in sich begreift.

Diese nationalöconomische Werthschätzung der Güter nun unterscheidet verschiedene Seiten ihrer Verwendbarkeit[1]) und entnimmt daraus den Grund folgender Eintheilung:

I. Insofern die Möglichkeit in Frage kommt, gegen Hingabe des einen Gutes ein anderes zu erhalten, spricht man von dem Tauschwerth eines Gutes.

II. Für denjenigen, welcher das Gut durch unmittelbare Verwendung für sich nutzbar machen will, kommt es mit seinem Gebrauchswerth in Betracht. Man macht hierbei wieder einen Unterschied nach der Art seiner Verwendungsfähigkeit und Verwendung. Durch viele Güter können nämlich neue Werthe entstehen, neue Brauchbarkeiten erzeugt werden, theils unter Mitwirkung menschlicher Thätigkeit, theils unabhängig von einer solchen auf andere Weise, und hierin besteht der Productionswerth der Güter. Die Güter können aber auch in anderer Weise genutzt werden (Genußwerth) nämlich entweder in eigentlicher Benutzung — Benutzungswerth —, oder durch ihre zu gewissen Zwecken geschehende Vernichtung, — Verzehrungswerth.

Diese volkswirthschaftlichen Unterscheidungen finden, wie gesagt, auf alle Sachen Anwendung ohne Unterschied, ob sie körperliche oder unkörperliche sind; sie haben aber für die körperlichen Sachen eine ganz besondere Bedeutung, und bei diesen entstehen durch Combinirung der verschiedenen Werthheiten Gestalten von auffallender Physiognomie.

Zunächst tritt uns da die vereinigte Verfügung über alle Werthseiten in der Totalität der Sachnutzung entgegen, wie sie den Inhalt der correspondirenden Rechtsinstitute: des Eigenthums, des römischen dominum und der entsprechenden possessio bildet. Es ist das die plena potestas über die Sache nach allen Beziehungen ihrer Verwerthbarkeit, ununterschieden das Recht der Veräußerung, des eigenen Gebrauches durch Production und Verzehrung, so wie jede andere Art ihrer Verwendung umfassend.

Daneben können einzelne Stücke der Sachnutzung als besondere

1) Vgl. Roscher, System der Volkswirthschaft Bd. I. § 4.

Rechte vorkommen. Auch schon in einfacheren Kulturzuständen, noch mehr aber in zunehmender Anschwellung des Verkehrs geschieht es, daß einzelne Stücke der Sachnutzung abgetheilt und abgezweigt werden dergestalt, daß, ohne die Sache ganz und in allen ihren Werthsbeziehungen zu beherrschen, nur gewisse Werthseiten derselben ausgenutzt werden. Solche Vertheilung der Sachenverwerthung, welche auf einer höheren wirthschaftlichen Stufe auch eine Arbeitstheilung ist, liegt als eine Art Nothwendigkeit begründet in dem hervortretenden Bedürfnisse, die Sache bis in das kleinste Atom ihres Werthes auszubeuten. Das Dichterwerden der Bevölkerungsmassen, mit welcher die Production neuer Güter nicht immer gleichen Schritt halten kann, zwingt eben zur intensiveren Ausnutzung der vorhandenen Werthe, mit denen man bei bestehendem Ueberflusse nicht so genau und haushälterisch umzugehen pflegt. Auch tritt dann die Nothwendigkeit einer solchen Theilung um deßwillen hervor, weil nicht jeder Einzelne genug Mittel, Kräfte und sonstige Eigenschaften hat, um allen den Gewinn, dessen die Sache fähig ist, aus ihr zu ziehen. So geschieht es, daß die Beherrschung einzelner Werthseiten in verschiedene Hände übergeht, und so entstehen Befugnisse, welche sich nach ihrem thatsächlichen Inhalt und Stoff als einzelne Werthnutzungen von der (im Eigenthum ꝛc. enthaltenen) Totalität der Sachbeherrschung unterscheiden. Unter sich selbst aber differiren sie abermals bezüglich ihres Inhalts darin, daß die eine diese, die andere jene Werthnutzung enthält. Durch Combination mehrerer solcher Benutzungsseiten entstehen zahlreiche Mittelglieder, welche sich der Totalität des Sachgebrauches bald bis auf eine Kleinigkeit annähern, bald bei ihrem geringen Umfang kaum mehr an dieselbe erinnern.

Dieser gewordene rein thatsächliche Stoff gestaltet sich in der Uebung des Verkehrs zu bestimmt abgegränzten Rechtsinstituten und läßt folgende Complexe von Befugnissen heraustreten.

Da sind zuerst diejenigen, welche den Tauschwerth einer Sache und nur diesen betreffen. Das ist der factische Stoff des Pfandrechts mit seinem Gefolge von Rechtsbildungen, die im römischen und deutschen Recht bei gleichem thatsächlichen Stoff bekanntlich sehr verschieden ausgefallen sind. Diese scheiden sich von allen anderen Rechten, welche auf einzelne Sachwerthseiten gehen, mit Entschiedenheit ab, da diesen der Gebrauch einer Sache zu Grunde liegt. Unter diese letzteren gehören nun die römischen Bil-

dungen der Emphyteusis und Superficies, Pacht und Miethe und das bunte Heer der Rechte, welche man mit dem Ausdruck Servitutes zusammenzufassen pflegt.

Der thatsächliche Stoff der letzteren ist also zu bezeichnen als die Ausbeutung des Gebrauchswerthes einer Sache. (In diesem Sinne hätte man denn auch die Emphyteuse so gut wie die Superficies Servituten nennen können, da auch ihr Inhalt in der directen Beziehung auf den Gebrauch einer Sache, welche unmittelbar durch ihre Nutzung dienen soll, besteht.) Ihre thatsächlichen Unterschiede von den übrigen Arten der Sachnutzung bestehen in der Verschiedenheit der Gebrauchswerthe, welche ihren Inhalt bilden. Die Berechtigung zur Verzehrung, Vernichtung der Sache ist ihrem thatsächliche Stoffe von Haus aus fremd. Zwar wird sich späterhin finden, daß im römischen Recht auch die Befugniß zur Sachverzehrung zu einem Servitutenbegriffe gestaltet worden ist, allein es wird sich gleichzeitig ergeben, daß darin eben eine Abnormität des positiven Rechtes liegt.

Hält man diese Gesichtspuncte fest, so stellt sich der thatsächliche, aus der Volkswirthschaft heraus entwickelte Stoff der Servituten dar als diejenige Beherrschung einer Sache, welche durch eigenen Sachgebrauch den Productions- und Benutzungswerth derselben ausbeutet.

Freilich werden vielleicht nicht Alle geneigt sein, zuzugeben, daß allen Servituten ein Gebrauch oder eine Fruchtnießung zu Grunde liege: vielmehr wird man das vielleicht mit einer gleichen Frage bestreiten wie Keller, Pandecten § 163. Anm. 8: „Was ist das für ein usus, der z. B. in dem jus altius non tollendi liegt? In einem gewissen Sinne haben sie damit Recht; indessen dürfen sie nicht vergessen, daß dergleichen Servitutenformen keine thatsächlich gewordenen, sondern das Product einer äußerst künstlichen Rechtsbildung sind. Was diese letztere in der servitus altius non tollendi und ähnlichen Servituten durch allersubtilste Verarbeitung des thatsächlichen Stoffes geschaffen hat, das ist eben nicht mehr der volkswirthschaftlich-thatsächliche Stoff in seiner regelmäßigen Gestalt, sondern etwas durch das positive römische Recht neu Geschaffenes. Der regelmäßige Inhalt der Servitutbefugnisse ist eben ein positiver: die eigene Ausbeutung des Gebrauchswerthes einer Sache von Seiten des Servitutberechtigten. Eine verfeinerte Rechtsanschauung geht nun noch über diese einfache Form hinaus zu folgender Betrachtung. Man sieht, daß diese Werthseite der Sache nicht allein durch den eigenen Gebrauch von Nutzen ist,

sondern daß unter gewissen Umständen der Berechtigte einen Vortheil daran hat, wenn diese Ausbeutung durch einen Anderen unterbleibt. Wo diese Ausbeutung nun gehindert wird, da übt der, welcher sie verhindert, auch eine Herrschaft über diese bestimmte Werthseite der Sache, freilich nur in negativer Weise gleich dem selbst Gebrauchenden, nämlich insofern dieser wie jener jedem Dritten den Gebrauch zu wehren befugt ist.

So erklärt enthalten auch diese künstlichen Bildungen des römischen Rechts eine Beherrschung der Sache von Seiten ihres Gebrauchs, nur daß diese Beherrschung nicht positiv durch eigene Ausübung, sondern negativ durch Verhinderung fremden Gebrauchs geübt wird.

## Die rechtliche Gestaltung.

### § 3.

Es wurde soeben als der thatsächliche Stoff der Servituten erkannt, daß sie Gebrauchs- und Fruchtnießungsbefugnisse an Sachen sind, und damit wurde ihre volkswirthschaftliche Stellung bezeichnet. Für das Recht ist freilich damit noch nichts gewonnen, denn auch gewisse pacht- und miethweise zustehende Nutzungsbefugnisse haben im Wesentlichen völlig gleichen thatsächlichen Stoff.

Dem Recht gehört die durchgreifende Scheidung aller Vermögensrechte in persönliche und dingliche, je nachdem dieselben ein mit dem Individuum erlöschendes Dasein oder in Folge der Verbindung mit der unterworfenen Sache eine über das Leben der Individuen hinausgehende Dauer haben.

Die Totalität *aller* Befugnisse zur Dispositiön über eine Sache kann ihrer Natur nach wesentlich nur als eine dingliche, welche die Sache selbst direct und ohne Beziehung auf irgend eine Person ergreift, vorkommen. So entsteht das Institut des *Eigenthums* und des ihm correspondirenden *Besitzes* im römischen Recht, so die ähnlichen Bildungen des deutschen Rechts.

Die Befugniß zur Ausnutzung des Tauschwerthes allein ist im Römischen Recht als dingliche in Form des *Pfandrechts* und der verwandten Rechtsinstitute vertreten.

Eine eigenthümliche Combination der Werthseiten mit Ausschluß des Tauschwerthes und des Verzehrungswerthes kennt das deutsche Recht als dingliches Recht des *Lehns* und der diesem verwandten Nutzungsrechte an Bauergütern.

Was nun die einzelnen Gebrauchs- und Fruchtnießungsbefug-

niſſe betrifft, ſo kommen dieſe in höchſter Mannigfaltigkeit ebenſowohl als perſönliche, wie als dingliche Rechte vor.

Als perſönliche Rechte, Forderungsrechte, treten ſie auf in Form von Pacht und Miethe an beweglichen und unbeweglichen, als Leihe an beweglichen Sachen.

Als dingliches Recht tritt zunächſt (abgeſehen von dem Gebrauch und Fruchtgenuß, welcher regelmäßig oder kraft beſonderer Uebereinkunft dem Pfandgläubiger an dem verpfändeten Gegenſtande zuſteht) an unbeweglichen Sachen die Emphyteusis und Superficies des römiſchen Rechts hervor.

Dingliche Gebrauchs- und Fruchtnießungsbefugniſſe ſind ferner die Servituten.

Mit Pacht, Miethe und Leihe befinden ſie ſich in gewiſſer Uebereinſtimmung des thatſächlichen Stoffes; aber ſie ſind rechtlich darin verſchieden, daß, während jene perſönliche, ſie dingliche Rechte ſind.

Mit Emphyteusis und Superficies haben ſie die rechtliche Gemeinſamkeit dinglicher Natur. Ihr Unterſchied beſteht im verſchiedenen Umfang des thatſächlichen Stoffes. Da indeſſen Stoff und rechtliche Geſtaltung in weſentlichem Zuſammenhange ſtehen, ſo prägen ſich die Beſonderheiten des Stoffes auch in der Detailgeſtaltung des Rechtes aus und erzeugen auch da gewiſſe Unterſchiede, bei denen feſtzuhalten, daß ſie eben nur Folgen der Verſchiedenheit des thatſächlichen Stoffes dieſer Bildungen ſind.[1])

Noch ſind hier gewiſſe Geſtaltungen, welche die Nutzungs- und Gebrauchsbefugniſſe fremder Sachen im deutſchen Recht gewonnen haben, zu erwähnen: die Reallaſten. Dieſe haben qualitativ den gleichen thatſächlichen Stoff wie die Servituten, ſind aber quantitativ bald von größerem, bald von geringerem Umfange wie dieſe Weſentlicher iſt ihr Unterſchied im Recht. Während die Servituten dingliche Rechte ſind, welche den Berechtigten ermächtigen, unmittelbar auf die Sache ſelbſt zu wirken, ſind die Reallaſten perſönliche, Forderungs-Rechte, welche das verpflichtete Subject zu einem facere und praestare eines gewiſſen Nutzens aus dem Grundſtück, zur Gewährung eines bald größeren bald geringeren Ertragstheiles ꝛc. verpflichten. So einfach das im Princip klingt, ſo ſchwierig iſt freilich oft im concreten Falle die Entſcheidung, ob ein be-

1) Danach iſt die gewöhnliche Darſtellung (cf. u. A. Windſcheid, Pandecten § 200 Anm. 3.) zu vereinfachen und zu berichtigen.

stimmtes Nutzungsrecht seiner rechtlichen Natur nach ein dingliches oder ein persönliches sei.

## § 4.

Bei Betrachtung des Verhältnisses der Servituten zum Eigenthum geht man gewöhnlich von dem Eigenthum als dem ursprünglichen Recht aus, verführt durch die Bemerkung, das es das umfassendste ist, indem es ja die Ausbeutung aller Sachwerthseiten in sich begreift. Man pflegt in weiterer Untersuchung die einzelnen darin liegenden Befugnisse zu unterscheiden und so das Eigenthum in verschiedene einzelne Bestandtheile zu zerlegen. Diese Section des Eigenthums wird von den älteren Juristen so ernsthaft betrieben, daß sie diese einzelnen Befugnisse geradezu als Stücke des Eigenthums, als partes dominii bezeichnen und gegeneinander abgränzen. Ja sie zeigen sogar, daß die Alten diese Stücke des Eigenthums in zwei Gruppen gestellt und als fructus und mancipium oder possessio (jus utendi et de re statuendi) oder mit dem besseren griechischen Ausdruck als χρῆσις καὶ κτῆσις bezeichnet hätten. Regelmäßig vereinige nun das Eigenthum alle diese Stücke vollständig in sich; mitunter aber vermindere sich dieser regelmäßige Umfang durch Herausnahme einzelner partes, des fructus oder des mancipium und zwar entweder so, daß diese partes als besondere Rechte auf Andere übertragen würden, oder ohne eine solche Uebertragung. Durch eine derartige Uebertragung entständen die jura in re aliena.

Die eben referirte Auffassung findet sich vollständig in den betreffenden Glossen und bei allen älteren Schriftstellern (cf. Donellus lib. IX cap. IX insbesondere § 1. 27. cap. X. XII. XIII). Sie klingt selbst noch in den neuesten Bearbeitungen nach.

Dabei liegen denn vornehmlich drei Irrthümer zu Grunde.

I. Es ist ein Irrthum, das Eigenthum im Gegensatz zu den Servituten und zu den übrigen dinglichen Rechten überhaupt als das ursprüngliche, gleichsam als ihre Mutter zu betrachten. Diese Auffassung verstößt gegen die historische Entwicklung. Lange ehe sich der Stoff des Eigenthums thatsächlich und rechtlich herausbildet, sind einzelne Stücke der Sachnutzung und Sachbeherrschung in beständiger Uebung. Weidevölker, welche ihre Zelte heute hier, heute dort aufschlagen, befinden sich nicht im entferntesten in der Lage, das Ganze der Sachbeherrschung nach allen Richtungen hin zu entfalten. Sie kennen und üben gar überhaupt noch nicht das, was das Karak-

teriſtiſche des Eigenthums bildet. Indem ſie ihre Zeltſtangen aufrichten, ſich lagern und ihr Vieh in die Weidegründe treiben, iſt Gebrauch und Fruchtgenuß des Landes nur ein ſehr beſchränkter; ſie üben eben das, was den thatſächlichen Stoff einzelner Gebrauchs- und Nutzungsbefugniſſe, der Servituten bildet. Der thatſächliche Stoff der letzteren iſt alſo naturgemäß längſt entwickelt, bevor die Seßhaftmachung des Einzelnen und der Völker die Sachbeherrſchung zur Totalität des Eigenthums geſtaltet.

So wenig nun die Servituten bei ihrer Entſtehung, hiſtoriſch betrachtet, den thatſächlichen Stoff des Eigenthums gegenüber gehabt haben, ſo wenig ſteht auch ihre rechtliche Geſtaltung in irgend einem Zuſammenhang mit der rechtlichen Geſtaltung der totalen Sachbeherrſchung, des Eigenthums und der verwandten Formen. Eben daher können auch heutzutage im concreten Falle Servituten an Sachen, die in Niemandes Eigenthum ſtehen, vorkommen: an herrenloſen Sachen[1]). Wie, hiſtoriſch betrachtet, die Ablagerung des thatſächlichen Stoffs der Servituten vor dem des Eigenthums erfolgte, ſo iſt auch die rechtliche Geſtaltung zeitlich früher und folglich ohne jeden Zuſammenhang mit dieſer erfolgt.

Die Servituten ſind eben Rechte an einer Sache an ſich, ohne jede Beziehung darauf, ob einer anderen Perſon an derſelben Sache Rechte zuſtehen oder nicht. Sie ſind, wie das dingliche Recht überhaupt eine durch die Kräfte der eigenen Perſönlichkeit getragene Herrſchaft über eine Sache und haben damit ihren Grund in ſich ſelbſt.

Nach dieſer Anſchauung iſt denn auch die allgemein übliche Faſſung des Servitutenbegriffs: ſie ſeien Rechte an fremden Sachen[2]) zu corrigiren und zu präciſiren. Denn ſofern man unter fremden Sachen ſolche verſteht, die in eines Anderen Eigenthum ſich befinden, iſt dieſe Bezeichnung falſch und dahin zu berichtigen, daß die Servituten Rechte ſind an Sachen, die nicht des Berechtigten totaler Beherrſchung, Eigenthum ꝛc. unterworfen ſind. Uebrigens iſt aus demſelben Grunde überhaupt jede Definition, welche den Begriff des Eigenthums einmiſcht, falſch und nichts bedeutend, da ſie zwar ſagt, was die Servituten nicht ſind, aber nicht ſagt, was ſie ſind. Soll das geſchehen, ſo gehört dazu der poſitive Ausdruck

1) Fragm. Vatic. II. § 42: fructuario superstite licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, jus utendi fruendi non tollitur.

2) Puchta, Pandecten § 178.

des Verhältnisses, daß sie nur auf eine theilweise Ausnutzung des Sachwerthes gerichtet sind, woraus denn ihr Gegensatz zum Eigenthum als der totalen Sachbeherrschung sich ergiebt, und wovon erst wieder eine Consequenz ist daß Niemand Servituten an Sachen, die sich in seinem Eigenthum befinden, haben kann.

Der lateinische Ausdruck für das eben verworfene Stück der Definition, jus in re aliena, pflegt zwar von den späteren Juristen sehr häufig, von den Römern aber nicht gebraucht zu werden. Sie gebrauchen nur gelegentlich den Ausdruck jus in re habere[3]) und bezeichnen damit eben das, was wir soeben als das Kriterium der Servitut aufstellten: ein Recht an einer Sache, im Gegensatz des vollständigen Rechts über eine Sache, dem Gegensatz einer partiellen zu der totalen Sachnutzung. Damit bezeichnen sie den *inneren* Unterschied des *Rechts*, während jenes jus in re *aliena* eine Qualification, so zu sagen, der *Sache*, und zwar, wie bereits bemerkt, in falscher Weise ausdrückt.

## § 5.

II. Aus der gegebenen Darstellung ergiebt sich auch die Unrichtigkeit der älteren Lehre, welche die Servituten als *wirkliche* partes dominii bezeichnete. Diese hatte ihren Ursprung darin, daß die Servitut in den Quellen hie und da dominii pars genannt wird.[1]) Allein wenn es z. B. in l. 4 D. VII, 1 heißt: Ususfructus in *multis casibus* pars dominii est, so hätte man schon daraus entnehmen können, daß es sich bei solchem Ausdruck nicht um die systematische Aufstellung eines Rechtssatzes, sondern um die Bezeichnung eines thatsächlichen Verhältnisses handelt. Daß die Servitut in rechtlichem Sinne keine pars dominii ist, lesen wir ausdrücklich in l. 13 § 2 D. de acceptil. 46, 4. In dieser Stelle handelte es sich um die Frage: wenn ein Fundus stipulirt ist, ist da eine theilweise Solutio durch Bestellung des Usufruct oder der via zulässig und die correspondirende Acceptilatio gültig? und diese Frage wird verneint, denn, heißt es von diesen Servituten: hae autem partes non sunt.

Nichts desto weniger spukt diese Lehre immer noch, auch in den

3) Z. B. l. 19 pr. D. de damno inf. 39, 2.

1) l. 4 D. de usufr. 7, 1; § 1 J. de usufr. 2, 4; l. 3 § 2, l. 54 D. de usufr. 7, 1; l. 3 § 1 de usufr. accresc. 7, 2; l. 4 D. si ususfr. pet. 7, 6.

neuesten Lehrbüchern fort. So liest man bei Arndts, Pand. § 175: „Ihrem Inhalt nach sind sie .... Bestandtheile des Inhalts des Eigenthums, welche diesem entnommen, nunmehr als selbstständige Rechte einem Anderen als dem Eigenthümer zustehen.“ Ferner bei Keller, Pand. 1861 u. A. § 163: „Durch jede Prädialservitut wird das Eigenthum des Einen künstlich erweitert, das des Anderen verringert,“ unter Bezugnahme auf l. 5 § 9 D. de op. nov. nunt. 39,1.[2])

Mit Recht erklärt sich Windscheid, Pand. § 200 Anm. 3. nach dem Vorgange Anderer gegen diese Auffassung, indem er den etwas dunkelen Satz: „so wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigenthumsbestandtheile sind, so wenig waren sie es, ehe sie zu Dienstbarkeiten wurden,“ an die Spitze seiner Gegendeduction stellt. Er rügt, daß die Anhänger jener Ansicht vorzugsweise den Fall im Auge haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigenthümer bestellt ist, und schlägt sie auch für diesen Fall mit den Worten: „allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigenthums begründet, aber immer noch nicht Eigenthumselement: sie ist durch die ununterschiedene im Eigenthumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z. B. der Mißbrauch kraft des Gebrauchs-, und Fruchtgenußrechtes des Eigenthümers“ .... und, sagt er: „Beruht aber die Dienstbarkeit nicht auf der Bestellung des Eigenthümers, sondern auf Ersitzung, richterlicher Verfügung, oder Gesetz, so fehlt selbst für die so gefaßte Zurückführung der Dienstbarkeit auf das Eigenthum jeder Anhalt.“ Diese Bemerkungen sind an sich vollkommen richtig, sie fußen aber doch nur auf der äußerlichen Betrachtung des positiven Rechts, ohne den inneren Grund gehörig klar zu legen.

Die Servitut ist älter als das Eigenthum, sie ist es sowohl ihrem thatsächlichen Stoff als ihrer rechtlichen Gestaltung nach. So wie historisch betrachtet ihre Ablagerung früher vor sich ging, als die des Eigenthums, so ist sie selbstverständlich auch unabhängig von demselben erfolgt. Sie ist eben die kraft eignen Rechts geübte partielle Herrschaft über eine Sache und hat als solche ihren Grund in sich selbst, ohne sie in etwas für sie ganz Irrelevantem suchen zu müssen. Dieses Verhältniß gestaltet sich nur scheinbar anders in dem singulären Falle einer Bestellung der Servitut durch den Eigenthümer der Sache. Denn selbst angenommen, daß sich so ein selbstständ-

2) Cf. auch Büchel, civilrechtliche Erörterungen, I. 3. S. 7—12. II. 2. S. 273—276. Arndts, Zeitschr. f. C. u. Pr. N. F. III. S. 250 ff. Bangerow, Pand. I. S. 780—84.

diges Stück des Gebrauchs ꝛc. im Eigenthum gleichsam räumlich nachweisen ließe, so würde man doch irren, wenn man annehmen wollte, daß kraft dieses Stücks die Servitutbestellung erfolgte, und daß dieses Stück das in der Servitut übertragene sei. Läge in dem Gebrauchsrecht des Eigenthümers die Befugniß der Uebertragung auf einen Anderen, und würde dieses Recht übertragen, so überkäme damit der Berechtigte auch die Befugniß der Weiterübertragung, dieß ist aber bekanntlich nicht der Fall; daher denn nicht schwer der Rückschluß zu ziehen ist, daß die Servitutbestellung keine Uebertragung jenes Eigenthumsbestandtheiles enthält. Uebrigens ist noch hinzuzufügen, daß in dem Recht des Gebrauchs überhaupt nicht die Befugniß liegt, dasselbe von der Person des Berechtigten los zu lösen und auf einen Anderen als dessen nunmehriges eigenes Recht zu übertragen. Die Befugniß, das zu thun, entspringt aus einer anderen Seite des Eigenthums, nämlich aus der darin enthaltenen Berechtigung jeder beliebigen Verfügung über die Sache, die hier darin besteht, daß einem Anderen der Gebrauch ꝛc. gestattet wird. Man sieht leicht, daß diese, wie Windscheid mit Recht sagt, ununterschieden im Eigenthum liegende Befugniß der Verfügung über die Sache durch fremde Gebrauchsgestattung von anderem Inhalt ist, als dieser gestattete fremde Gebrauch. Man irrt daher vollständig, wenn man sagt, die Servituten seien dem Eigenthum entnommene und als selbstständige Rechte constituirte Befugnisse. Nur scheinbar ist die Befugniß des Servitutberechtigten eine vom Eigenthümer auf denselben übertragene, sie ist in Wahrheit eine in der Person des Berechtigten neu constituirte, folglich eine andere, als die im Eigenthum enthaltene correspondirende Befugniß.

## § 6.

III. Mit der eben verworfenen Auffassung hängt die noch schlimmere Lehre von der deminutio dominii zusammen. Indem man nämlich abnnahm, daß eine pars dominii abgezweigt und auf einen Anderen übertragen werde, folgerte man daraus, daß der Eigenthümer um die abgezweigte pars ärmer werde, wie das *Donellus* lib. IX cap. XII. mit den Worten ausdrückt: superiora jura ita minuuntur, ut, quae detrahuntur domino, transferuntur ad alios. Die meisten heutigen Rechtslehrer, auch diejenigen, welche sich scheuen, die obige Lehre von den partes dominii anzunehmen, verfechten doch sonderbarer Weise die ebengedachte Consequenz dieser

Lehre. Wir citiren ſtatt aller Anderen Arndts Pand. § 175, wo es heißt: der Eigenthümer „verliert an ſeinen Eigenthumsbefugniſſen nur ſo viel, als mit den dem Servitutberechtigten zuſtehenden Befugniſſen unverträglich iſt; dieß aber iſt jedenfalls die der Befugniß des Servitutberechtigten gegenſätzlich entſprechende, poſitive oder negative Eigenthumsbefugniß.“

Indem wir dieſe beiden Lehren von den partes dominii, der Lostrennung einer pars durch Servituterrichtung und der dadurch bewirkten deminutio dominii zuſammennehmen, haben wir dagegen zunächſt noch einen ſyſtematiſchen Einwurf zu machen, der die ganze Lehre ſchließlich gründlich über den Haufen wirft.

Dieſe Lehre nämlich ſtellt eine ganz neue Art der Theilung des Eigenthums auf, nämlich eine Theilung in der Weiſe, daß die einzelnen in dem Eigenthum enthaltenen Befugniſſe an verſchiedene berechtigte Perſonen vertheilt ſind. Dieſe Art der Theilung pflegt man ausdrücklich anzuerkennen für das Geſammteigenthum des deutſchen Rechts, wie es ſich bei der deutſchen Realgemeinde oder Markgenoſſenſchaft darſtellt. Sie liegt bewußt oder unbewußt in der gangbaren Lehre von den juribus in re, durch welche z. B. nach Arndts § 130: „einzelne in der ſonſt unbegränzten Herrſchaft enthaltene Befugniſſe dem Eigenthümer entzogen“ ſein ſollen, — ſie liegt in specie der obigen Lehre von den Servituten zu Grunde. Wir laſſen nun ganz dahingeſtellt, ob ſich eine ſolche Art der Theilung für das deutſche Recht nachweiſen läßt. Wir behaupten aber, daß ſie im römiſchen Recht nicht exiſtirt. Ein Complex einzelner getrennter Befugniſſe kann zwar möglicherweiſe vollſtändig den thatſächlichen Stoff des Eigenthums in ſich vereinigen, iſt aber doch kein Eigenthum, es fehlt ihm deſſen erſtes und Hauptkriterium: das einheitliche Recht totaler Sachbeherrſchung; jenes iſt nur ein Conglomerat einzelner Herrſchaftsverhältniſſe ohne organiſche Verbindung, ohne den karakteriſtiſchen Zuſammenhalt der die Geſammtheit der Herrſchaft in ſich vereinigenden Perſon oder Perſonen. Beim römiſchen Miteigenthum hat eben Jeder ein intellectuelles Stück der totalen Sachbeherrſchung; hier aber hat jeder Berechtigte von Haus aus nur eine partielle Sachbeherrſchung, und das iſt nun eben kein Stück des Eigenthums, ſondern ein beſonderes Recht an einer Sache, welches ſich durch ſeine principielle Beſchränkung auf eine oder auf einige Seiten der Sachbeherrſchung vom Eigenthum unterſcheidet.

Man würde nicht auf diese ganze unglückliche Idee gerathen sein, wenn man mehr bemüht gewesen wäre, auf den Grund der Rechtsinstitute zurückzugehen, und sich nicht begnügt hätte, mit Hülfe einiger herausgerissener Rechtssätze auf der Oberfläche zu arbeiten. Hätte man in der Grundlehre von der Theilbarkeit des Eigenthums — über die übrigens auch Windscheid, Pand. § 169a not. 6. 9. zu vergleichen — die nöthige Klarheit gehabt, so würde man ohne Schwierigkeit die Unhaltbarkeit dieser Theorien eingesehen haben.

Bangerow, Leitfaden Bd. I. 6. Aufl. S. 782 leugnet mit Recht diese imminutio juris, aber er giebt nichts Besseres, wenn er die verschiedenen Servitutenarten trennt, und für Personal- und Feldservituten die Ansicht aufstellt, daß bei diesen dem Berechtigten nur die Ausübung der entsprechenden Eigenthumsbefugniß, welche nach wie vor dem Eigenthum verbleibe, in Form eines selbstständigen dinglichen Rechts übertragen werde. Denn wenn dieser Ansicht überhaupt eine Wahrheit beiwohnte, so könnte sie diese doch nur in dem Falle haben, wo dem Servitutberechtigten ein Eigenthümer gegenübersteht, und auch da nur mit Ausnahme des Falles einer Entstehung durch Ersitzung; sie trifft aber nicht zu in dem Fall der servitus an einer res nullius.

Auch Elvers bekämpft diese Theorie von den Theilen und der Theilung des Eigenthumsrechts, substituirt aber ein wahres Curiosum, das nicht besser ist als das von Büchel Erörterungen 2. Aufl. S. 423 gegebene, wonach bei ländlichen und Gebäudeservituten ein körperlicher Theil der Sache ausschließliches Object der Servitut und als solches aus dem Eigenthum ausgeschieden sei.

Elvers deducirt S. 37 ff. so: „den mannichfachen Handlungen, welche an einer Sache vermöge ihrer Natur vorgenommen werden können, und zu denen daher die Herrschaft über die Sache die Befugniß ertheilt, steht jedesmal eine Eigenschaft der Sache gegenüber, welche diese Handlung erst ermöglicht, so der Befugniß, Früchte aus der Sache zu ziehen, die Eigenschaft derselben, Früchte zu tragen.... Diese einzelne positive oder negative Eigenschaft der Sache erscheint nun als in Folge der Servitutbestellung aus der Sache selbst herausgenommen, sie ist ein innerlicher Bestandtheil der Sache, der von ihr getrennt und dann veräußert ist, und nur insofern in Verbindung mit derjenigen Sache steht, welche Gegenstand des Eigenthums ist, als beide körperlich mit einander vereinigt sind, und die eine Trägerin der anderen ist.... immer bleibt die Servitut ein jus in re

aliena, denn das Object derselben, die fingirte Sache, ist ja in der körperlichen Sache des Eigenthümers enthalten, und darum hat der Servitutberechtigte das Recht, aus dieser seine Sache zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden. Die dienende Sache wird daher durch die Servitut intensiv kleiner“.... Nach ihm ist eben „die so losgetrennte Eigenschaft eine fingirte Sache.“

Schon die mitgetheilten Sätze, voll inneren und äußeren Widerspruchs, dürften genügen, um diese Theorie zu karakterisiren, die Arndts, Pand. § 175 Anm. 3. mit Recht als verunglückt und gekünstelt bezeichnen durfte.

---

Nach dieser Abwehr mißlungener Theorieen kehren wir zurück zu unserer vorhin gegebenen Ansicht von der Servitut und ihrer Stellung zum Eigenthum.

Die Entstehung des Rechtsinstituts der Servituten ist vor dem des Eigenthums und unabhäng von demselben erfolgt. Eigenthum und Servituten haben keinen inneren Zusammenhang.

Im concreten Falle ist also die Bestellung einer Servitut von Seiten des Eigenthümers nicht eine Uebertragung eines Theils seines Rechtes oder der Ausübung desselben, sondern die Begründung eines neuen selbstständigen Rechts in der Person des Berechtigten; sie geschieht vermöge der allgemeinen Befugniß des Eigenthümers zu jeder Verfügung über die Sache. Das Recht, vermöge dessen die Bestellung erfolgt, und das Recht der Servitut selbst sind thatsächlich und rechtlich verschieden.

Hiernach ist denn die der Servitut direct entgegengesetzte Befugniß dem Eigenthümer nicht entzogen, sondern demselben verblieben. Der Eigenthümer aber ist in der Ausübung der Servitutberechtigung, die er vermöge ihrer dinglichen Natur gegen sich gelten lassen muß, beschränkt[1]). Daraus folgen einige höchst practische Sätze:

1. Einem Dritten gegenüber hat der Eigenthümer das unbeschränkte Recht, welches den Inhalt der Servitut bildet.

2. Der Eigenthümer ist auch dem Servitutberechtigten gegen-

---

1) In gewisser Beziehung, freilich nicht vollständig stimmt damit überein Kunze, Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 237. ff.: es sei die Servitut „nicht eine Eigenthumsbeschränkung, höchstens eine Beschränkung des Eigenthümers in der Eigenthumsübung“ und „nicht der Inhalt der Servitut, sondern die Bestellungsbefugniß ein Eigenthumselement“. Es ist das nach Obigem zu berichtigen.

über nur insoweit in der Ausübung beschränkt, als dieselbe das Servitutrecht beeinträchtigen würde.

3. Sobald das Servitutrecht beendigt ist, steht auch dem Eigenthümer sofort und ohne jeden weiteren Act auch diese Ausübung wieder zu. Wäre jene Lehre von der Ausscheidung und Uebertragung eines Eigenthumstheiles richtig, so würde, um dem Eigenthümer diesen ausgeschiedenen Theil wieder zu verschaffen, eine Rückübertragung erforderlich sein. Dieß ist aber in der That nicht der Fall.

## Resultate.

### § 7.

Wir haben im Bisherigen die beiden Stücke aller Rechtsinstitute, den thatsächlichen Stoff und die rechtliche Gestaltung für die Servituten nachgewiesen.

Als thatsächlicher Stoff der Servituten wurde erkannt, daß sie in weitester Beziehung die Ausbeutung der Sachgüter im vermögensrechtlichen Sinne, in engerer Beziehung (und darin liegt der Unterschied der jura in re und des Eigenthums), nur einzelne Seiten möglicher Sachbeherrschung und Verwerthung, und in specie (darin liegt der Unterschied von den übrigen jura in re) den eigenen Sachgebrauch mit Beschränkung auf die Ausbeutung des Productions- und Benutzungswerthes der Sachen betreffen.

Dieser factische Stoff kann nun in zwei möglichen Beziehungen zur Verwerthung kommen, einmal in der directen Beziehung auf die Sache, und dann in der Beziehung von Person zu Person, welche die entsprechende Sachbeherrschung vermittelt. Die Ausbildung dieses formellen Gesichtspunktes führt zu der grundsätzlichen Scheidung von Sachenrecht und Obligationenrecht, welche rückwärts auf die Verarbeitung des materiellen Gehaltes nicht ohne Einfluß bleibt. Die Gliederung dieser Verhältnisse aber gehört wesentlich der rechtlichen Gestaltung an.

Aus der gegebenen Darstellung des thatsächlichen Stoffs und der rechtlichen Gestaltung der Dienstbarkeiten erklären sich drei Regeln, die man als Fundamentalsätze der Servitutenlehre hinzustellen pflegt.

1. Servitus in faciendo consistere nequit. Genau genommen ist dieser Satz nicht für die Servituten speciell, sondern für die Sachenrechte überhaupt karakteristisch. Er bezeichnet, wie kaum ge-

ſagt, den Gegenſatz von Sachen- und Obligationenrecht. Das erſtere giebt dem Berechtigten das Recht, direct auf die Sache zu greifen, das letztere aber verpflichtet eine Perſon etwas zu thun. Indem daher negativ geſagt wird, daß das facere von dem Servitutenbegriff ausgeſchloſſen ſei, ſo heißt das poſitiv, die Servitut beſtehe in der directen Beziehung auf eine Sache, welche durch keine zu einem facere verpflichtete Perſon vermittelt wird.

Es iſt keine Ausnahme von dieſem Princip, wenn die servitus oneris ferendi den Beſitzer des pflichtigen Grundſtücks zur Reparatur der Unterſtützungsmauer verpflichtet. Vielmehr werden wir darin die Beimiſchung eines obligatoriſchen Elementes zu erblicken haben, deſſen Wahrung aus Utilitätsgründen mit der Servitutenklage ſelbſt geſichert wird. Die Beimiſchung ſolchen obligatoriſchen Momentes ſteht im Servitutenrechte nicht vereinzelt da, und zeigt ſich, wie ſpäter namentlich bei der Lehre vom Untergang der Dienſtbarkeiten erhellen wird, von practiſcher Bedeutung. Wir erblicken darin eine Zuthat des ausgebildeteren Verkehrs, welche den durch die dingliche Natur der Dienſtbarkeit vorgezeichneten Umfang erweitert und für den Verkehr fruchtbarer macht.

Auch für das deutſche Recht hat man aufgehört eine Ausnahme dieſes Grundſatzes in den Reallaſten zu ſtatuiren, ſeitdem man deren richtige Natur erkannt und ſie als perſönliche Forderungsrechte aufgefaßt hat.

2. Nulli res sua servit. Die Dienſtbarkeiten ſind eben einzelne Nutzungs- und Gebrauchsbefugniſſe, während das Eigenthum die totale Sachbeherrſchung iſt. Nun iſt undenkbar, daß eine Perſon dieſe beiden Rechte vereinigen, alſo die Totalität der Sachbeherrſchung und zugleich die Beſchränkung auf eine einzelne Seite derſelben wollen und wirklich üben kann. Das Eine ſchließt das andere aus.

Ueber eine ſinguläre Ausnahme des römiſchen Rechts ſpäter.[1])

3. Servitus servitutis esse non potest. Die Servituten ſind Rechte an Sachen, und da Servituten keine Sachen ſind, ſo können eben nicht wieder weitere Servituten an ihnen beſtellt werden.[2])

---

1) cf. übrigens l. 26. D. de S. P. U. 8. 2; l. 33 § 1. D. de S. P. R. 8. 3.

2) l. 1. D. de usu et usufr. 33. 2.

## Definition.

### § 8.

Die älteren Versuche einer Begriffsbestimmung, so weit sie nicht nur eine ganz äußerliche Bezeichnung des Rechts enthalten, beruhen vornehmlich auf dem Versuche, die Servitut als eine qualitas des Grundstücks darzustellen und sind mehr Descriptionen als Definitionen. Die hauptsächlichsten sind folgende:

Odofredus: S. realis est quoddam onus a praedio debitum, vel a re rei legitime constitutum.

Baldus: S. est accidentalis habitudo et extrinseca qualitas praedii.

Bartolus: S. est quoddam jus praedio inhaerens et ipsius utilitatem respiciens et alterius praedii jus sive libertatem diminuens, eine Definition, die nach des Caepolla Zeugniß damals allgemeinen Beifall fand, und die auch von diesem gebilligt wird.

Corasius verwirft dieselbe, weil es auch eine Realservitut geben könne und gebe, quae nullam adferat dominanti praedio utititatem. Seine eigene Definition der Realservitut lautet: S. est constitutio juris gentium, qua praedium contra naturam vicino praedio ad ejus utilitatem vel domini commoditatem cum juris sui diminutione servit.

Donellus hinwiederum lehnt diese Definition ab, lib. IX, cap. XXI und bezeichnet die Servitut als jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur.

Schon in der Glosse und bei den späteren Commentatoren kommen Andeutungen eines Gegensatzes von Servitus und Libertas praedii vor und daran schließen sich die unglücklichen Versuche, aus dem Ausdruck Servitus etwas für die Lehre zu gewinnen. Diese Versuche hängen zusammen mit der von den Glossatoren beliebten Eintheilung der Servituten in tria genera und der von ihnen gebrauchten Analogie der Sclaverei von Sachen und Personen, welche letztere von späteren Juristen nach dem Vorgang der Canonisten und dem Zeugniß des Ambrosius auf den bekannten Vorfall von Noah und seinen Töchtern zurückgeführt wird. Auch Donellus erörtert gleich seinen Vorgängern diesen angeblichen Gegensatz, indem auch er die libertas praedii als den regelmäßigen und naturgemäßen Zustand, die Servitut aber als eine Abweichung von demselben ansieht.

So bescheiden diese Excurse bei Donell noch auftreten, und so wenig besonderen Werth sie da beanspruchen, so breit werden sie bei Westphal in dessen oben citirtem Werk de libertate et servitutibus praediorum, wo sie sich in wahrhaft geistlose Erklärungen der Unfreiheit und Freiheit von Sachen verlieren. Was bei den Vorgängern nur nebensächliches Beiwerk sein sollte, das wird hier zum Princip erhoben, und in der Definition des Servitutenbegriffs ein Mischmasch von Freiheits- und Unfreiheitsphrasen gegeben.

Die Uebertreibung einer Sache pflegt ihr in der Regel ein rasches Ende zu bereiten, und so durfte man glauben, diese Freiheitstheorie würde mit der Westphal'schen Karrikatur zu Grabe gehen. In der That hat man auch aufgehört, ihr noch irgend eine principielle Bedeutung beizulegen. Gleichwohl hat man neuerdings versucht, sie wieder zu einem, allerdings bescheideneren Dasein zu erwecken. Nun wundert es uns nicht, darin voran Ihering zu sehen, der in seinem „Geist des römischen Rechts ꝛc." Band 2. S. 232 in der Freiheit des Eigenthums die Idee desselben findet und als eine Consequenz dieser Freiheitstheorie den Satz aufstellt: „Wenn der Eigenthümer der Sache Lasten auflegt, so bewegt er sich scheinbar nur innerhalb des Eigenthumsbegriffs, in der That aber versündigt er sich gegen die Idee (!?) des Eigenthums. Das Anrecht auf Freiheit des Eigenthums, das die folgenden Generationen mitbringen," (liegt aber darin nicht eine Unfreiheit des Eigenthums des Vorbesitzers?) „ist durch den früheren Inhaber in einer leichtsinnigen Stunde consumirt." Diese Sätze sind wirklich nichts als Phrasen. Was wäre das für eine sonderbare „Idee" des Eigenthums, welche verhinderte, die Sachen in jeder volkswirthschaftlich gebilligten und volkswirthschaftlich nothwendigen Weise zu gebrauchen? Und wäre nun eben diese „Freiheit" der Sache nicht eine „Unfreiheit" des Menschen, da dessen Herrschaft über die Sache auf solche Weise in Fesseln gelegt würde? Ist die „Idee" des Eigenthums größer als die Idee, daß die Güter bestimmt sind, dem Menschen in jeder Weise zu dienen? Das sind sie gewiß, und, wenn Beschränkungen in der Sachnutzung nothwendig sind, so sind sie das nicht, weil das in der „Idee" der Sachen oder des Rechts über dieselbe liegt, sondern weil volkswirthschaftliche Gesichtspuncte, die Rücksicht auf Nachhaltigkeit der Nutzung ꝛc. dies fordern.

Eigenthümlich ist es auch, bei Windscheid Pand. § 200, Anm. 1 lesen zu müssen „Servitus bezeichnet zunächst den Zustand der Un-

freiheit der Sache, dann auch das Recht, vermöge dessen dieser Zustand stattfindet. Unfrei aber ist diejenige Sache, welche einem andern dient, als ihrem Eigenthümer, wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. Es ist die Bestimmung des Menschen, Niemandem unterworfen zu sein", (eine sonderbare Bestimmung, etwas nicht zu sein!) „es ist die Bestimmung der Sache, ihrem Eigenthümer unterworfen zu sein." Man hat da viel Paradoxes auf ein Mal. Was ist das für ein Widerspruch, zu sagen: der Mensch, der seinem Eigenthümer dient, ist in der Servitus, und die Sache, die ihrem Eigenthümer *nicht* dient, ist es auch! Und dann, wie ist es erweisbar, daß es die Bestimmung der Sache ist, ihrem Eigenthümer unterworfen zu sein? Niemand wird bestreiten, daß es Bestimmung des Leblosen sei, dem Lebendigen zu dienen, daß die äußeren Güter der Herrschaft des Menschen unterworfen sein sollen. Aber warum gerade des Eigenthümers? und nicht jedes Anderen, der irgend einen Gewinn aus der Sache ziehen kann und mag? Wäre das nicht der Bestimmung der Güter gemäß, so würde durch solche Beschränkung vielleicht jene (nirgends existirende) Freiheit der Sache gerettet, aber dem Menschen durch seinen Ausschluß von solcher Nutzung eine Fessel mehr angelegt. — Man sollte in der That heutzutage kaum noch solche Theorien, die direct aller Natur zuwiderzulaufen scheinen, und die jedenfalls ohne praktischen Werth sind, erwarten.

Von den Definitionen der neueren Juristen führen wir noch an die von Puchta, Pand. § 178:

> „Servituten sind Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuell bestimmtes Subjekt: ein persönliches, Servituten für Personen, s. pers. oder ein Sachindividuum, S. für Grundstücke. s. rer. s. präd."

von Arndts, Pand. § 175:

> „ein die Benutzung einer Sache in einer bestimmten Beziehung (partiell) ergreifendes, daher das Eigenthum der Sache rücksichtlich ihrer Benutzung und zwar zu Gunsten einer bestimmten Person oder des Eigenthümers eines bestimmten Grundstücks als solchen beschränkendes dingliches Recht, welches also entweder an eine bestimmte Person als berechtigtes Subject geknüpft, oder mit dem Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, das hier gewissermaßen als berechtigtes Subject erscheint, verbunden ist."

Die Elvers'sche haben wir oben gegeben, indem wir dessen Deduction von dem Wesen der Servitut mittheilten.

Man vergl. noch Keller, Pandecten 1861. § 163. und Windscheid, Pand. § 200.

Die richtige Definition muß nun die eben herausgesetzten beiden Stücke, den thatsächlichen Stoff und die rechtliche Gestaltung bezeichnen. In letzterer Beziehung ist zu bemerken, daß die Servitut ein dingliches Recht ist. In erster Beziehung tritt hervor, daß die Servitut im Gegensatz zum Eigenthum nicht die totale Sachbeherrschung, sondern, und darin liegt zugleich die Unterscheidung von den übrigen jura in re: dem Gebrauch, der Benutzung oder dem Fruchtgenuß ohne Sachverzehrung.

Soll nun überhaupt eine Definition gegeben werden, so würde man sie vielleicht in der Weise zu fassen haben:

Die Servituten sind dingliche Rechte des Gebrauchs und des Fruchtgenusses von Sachen ohne Verzehrung derselben.

---

## Zweiter Abschnitt.

# Der Einzelausbau der Servituten.

---

## I. Allgemeines.

### § 9.

Es wurde bereits auseinandergesetzt, daß die Servitut eine directe Beziehung auf die Sache hat, ohne die Vermittelung irgend einer zu einem facere oder praestare verpflichteten Person eintreten zu lassen. Dieses Verhältniß einer berechtigten und einer verpflichteten Person gehört dem Obligationenrecht an, für die Servitut aber, wie für jedes dingliche Recht ist die directe Richtung des Rechts auf die Sache karakteristisch.

Wenn nun in l. 15 § 1 D. de serv. 8, 1 steht: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut

in suo pingat, sed ut aliquid patiatur ant non faciat, so scheint darin doch wieder eine Beziehung von Person zu Person eingemischt sein. In der That hat man auch die Meinung aufgestellt, daß die Beziehung auf den Eigenthümer für das Servitutenrecht wesentlich sei. Böcking, Pand. II § 159. not. 7., § 160. d. Allein man verfehlt damit das Wesen des dinglichen Rechts vollständig. Es besteht dieses eben in der directen Unterwerfung einer Sache unter den Herrschaftswillen einer Person, in dem unmittelbaren Hereinziehen einer Sache in die Rechtssphäre der Person. Eben dieses Verhältniß bewirkt denn auch, daß diese Herrschaft die Sache nach allen Seiten hin umschließt, nicht blos gegenüber dem Eigenthümer, — wie es nach obiger Ansicht doch nur der Fall sein könnte — sondern gegenüber jedem Dritten. Es wurde überhaupt schon oben dargethan, daß die Beziehung auf das an der Sache etwa stattfindende Eigenthum bezüglich auf den Eigenthümer nichts begrifflich Inhärirendes der Servitut ist, wie sie denn bei Dienstbarkeiten auch an solchen Sachen stattfindet, die in Niemandes Eigenthum stehen.

Bei genauerer Betrachtung steht auch von einer Beziehung der Servitut auf den Eigenthümer kein Wort an der Stelle. Es heißt ja nur quis, ein Ausdruck, den wir recht gut mit unserem deutschen „man", der Bezeichnung für eine unbestimmte Person, übersetzen dürfen. In diesem Sinne haben wir hier eben den Unterschied zwischen dinglichem und persönlichem Recht: während durch letzteres Jemand verpflichtet ist zu einem positiven Thun aliquid facere, involvirt das dingliche Recht gegenüber anderen Personen das negative Verhältniß, ut aliquid patiatur aut non faciat.

Allein dieser Unterschied von dinglichem und persönlichem Recht bewegt sich nur in der rein äußerlichen Betrachtung, ohne in das Wesen der Rechte selbst einzudringen. Denn daß Jemand verpflichtet ist, ut aliquid patiatur, das ist nur eine Wirkung von der positiven Natur des Servitutenrechts, welche in dem quid, welches jeder Andere zu leiden hat, besteht, und diese Natur ist insoweit völlig gleich mit der eines dinglichen Rechts, dessen directe Beziehung auf die Sache gegen einen Jeden die gleiche ist und bewirkt, daß der dinglich Berechtigte seine Befugniß mit Ausschluß jedes Dritten, der es dann pati muß und bezüglich selbst non facere darf, ausübt.

Eben deshalb aber, da dieser Unterschied nur bezeichnet, in welcher Weise das Servitutrecht äußerlich Dritten gegenüber auftritt, und da es das Wesen der Servitut selbst gar nicht berührt, so ist es

falsch, hieraus einen Eintheilungsgrund der Servituten selbst zu nehmen. Trotzdem geschieht das ziemlich allgemein, indem man hiernach die Servituten in positive und negative eintheilt. So liest man bei Windscheid § 201 Anm. 1: „Die positiven Dienstbarkeiten berechtigen den Berechtigten zu einem Thun und verpflichten den Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Leiden; die negativen berechtigen den Berechtigten zu einem Verbieten und verpflichten den Eigenthümer zu einem Nichtthun." Soweit diese Eintheilung eine angebliche Verpflichtung des Eigenthümers betrifft, hat sie nicht allein keinen Zusammenhang mit dem Servitutrecht, sondern ist wegen ihrer Einmischung von Obligatorischem sachlich falsch. Soweit sie aber die Befugniß des Servitutberechtigten betrifft und dieselbe als entweder positives Thun oder Verbieten bezeichnet, ist sie, weil ohne alle rechtliche Consequenz, müßig und ohne Werth.

## § 10.

Das römische Recht trennt die heute s. g. Servituten in zwei große Hauptklassen: **Realservituten** und **Personalservituten**. servitutes rerum oder praediorum und servitutes personarum (mixtae in der Glosse.)

Man ist gewohnt, den dieser Scheidung unterliegenden Eintheilungsgrund auf die Subjecte der Dienstbarkeiten zu beziehen, indem man annimmt, daß das Servitutrecht entweder einer Person oder einem Grundstück als berechtigtem Subject zustände.

In überzeugender Weise hat jedoch Elvers S. 93 ff. die Unrichtigkeit dieser Auffassung dargethan und nachgewiesen, daß alle Dienstbarkeiten ohne Unterschied einer Person als berechtigtem Subject zustehen und nur einer solchen zustehen können. Sein Hauptgrund besteht in dem Satze, daß nur Personen Subjecte von Rechten sein können. Eine Unterstützung dieses inneren Grundes findet er in gewissen Zeugnissen der Quellen, denen zufolge die Formel in dem Processe über eine verletzte oder bestrittene Realservitut lautete: jus mihi est.[1]) und die Formel bei der Negatorienklage zur Abwehr einer angemaßten Servitut: jus illi non est tigna immissa habere[2]) oder jus tibi non est, parietem illum ita habere.[3])

---

1) l. 2 pr. D. si serv. vindic. 8, 5; l. 23 § 3 D. de S. P. R. 8, 2.
2) l. 12 D. 8, 5.
3) l. 14 § 1 D. 8, 5.

Ohne Zweifel entspricht es der Anschauung des römischen Rechts daß nur eine Person Subject, wie der Rechte überhaupt, so auch des Servitutrechts sein kann. Nun bestehen aber die Realservituten eben darin, daß sie nicht das persönliche Bedürfniß nur dieses Berechtigten befriedigen, sondern daß sie dauernd den Werth eines Grundstücks erhöhen, dessen Benutzung überhaupt erleichtern, mithin diesem und einem jeden künftigen Grundstücksbesitzer einen Vortheil gewähren sollen. Damit ist die Nothwendigkeit ihrer Unzertrennlichkeit von dem Sachbesitz selber gegeben. Diese tritt in's Recht, nicht indem man das Grundstück selbst als Subject des Rechts fingirt, sondern indem der jeweilige Besitzer des Grundstücks als berechtigtes Subject hingestellt wird. Innehaber der Servitut ist und bezüglich wird daher, so lange das Recht besteht, der jetzige und jeder künftige Innehaber der Sache, zu deren Vortheil — und folgeweise auch zu des Innehabers Vortheil — die Servitut dient.

Elvers findet (S. 100 ff.) daß das römische Recht doch in einem Puncte von dieser Auffassung abgehe: „Gleichwohl aber läßt sich nicht verkennen, daß in einer Beziehung das römische Recht doch der Ansicht huldigt, als stehe der herrschenden Sache selbst die Berechtigung zu, und zwar sprechen dafür durchaus die Bestimmungen, welche hinsichtlich des Verlustes durch Nichtgebrauch gelten, indem dieser nicht eintreten soll, auch wenn die S. nur von einem gutgläubigen, ja selbst wenn sie von einem bösgläubigen Besitzer des herrschenden Grundstücks geübt wird. Fundus enim, sagt Celsus in der betreffenden l. 12 quemadm. s. am. 8, 6 qualiter se habens, ita quum in suo habitu possessus est, jus non deperit, neque refert, juste nec ne possideat, qui talem eum possidet. Also die Ausübung Seitens eines gänzlich Unberechtigten soll auf die Erhaltung der Servitut Einfluß haben, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschieht, also als ob eben dieses Grundstück das berechtigte Subject sei."

Elvers fügt hinzu: das ganze Institut des Erlöschens der S. durch Nichtgebrauch sei keineswegs aus dem Begriff der S. hervorgegangen, sondern eine willkürliche Concession aus Utilitätsrücksichten, welche zu der Inconsequenz obiger Anschauung geführt hätte.

Wir haben dieser Deduction zunächst eine Stelle beizufügen, welche beinahe wörtlich obige Auffassung von einer Servitutsübertragung im Namen des Grundstücks auszusprechen scheint, nämlich: l. 6 pr. D. quemadm. serv. amitt. 8, 6: nam satis est, fundi nomine itum

esse. Allein wenn man die vorangehende l. 5 dazunimmt: Servitus et per socium, et fructuarium, et bonae fidei possessorem nobis retinetur, ſo wird man dieſes fundi nomine doch nicht wörtlich „im Namen des Grundſtücks“ überſetzen dürfen. Vielmehr iſt dieſes fundi nomine ſo zu verſtehen: es handelt ſich um die Erhaltung einer Realſervitut, es genügt daher nicht die Ausübung der inliegenden Befugniß ſchlechthin, ſondern es muß dieſelbe zum Beſten des Grundſtücks, alſo auf die Weiſe geübt werden, welche die Realſervitut von einer blos perſönlichen Befugniß unterſcheidet. Nichts weiter als das iſt dieſes fundi nomine.

Geht man nun wieder zur l. 12 D. cit. zurück, ſo liegt in dieſer Stelle keine Andeutung davon, daß die Ausübung der Servitut „im Namen des herrſchenden Grundſtücks“ geſchehe, und daß die Ausübung weil ſie in ſolchem Namen geſchehen, rechtliche Wirkung und ſpeciell die Wirkung der Servitutenerhaltung habe. Es ſcheint auch, daß durch ſolche Auffaſſung einer Stellvertretung des Grundſtücks an ſich nichts gewonnen wird, denn es bedürfte nun noch der weiteren Erklärung, inwiefern ein malae fidei possessor, der ja doch kein Recht an der Sache hat, zu einer ſolcher Stellvertretung befugt ſein ſoll. Ueberhaupt erſcheint dieſe ganze Anſchauung ſo künſtlich, ja, man möchte ſagen, ſo naturwidrig, das man ſie ſchon deshalb den römiſchen Juriſten nicht zutrauen ſollte.

Es handelt dieſe Stelle von der Erhaltung und bezüglich dem Verluſt einer beſtehenden Realſervitut durch Nichtgebrauch. Nun iſt der Gebrauch, die Ausübung einer Servitut ein rein thatſächlicher Act, der gar keiner beſonderen juriſtiſchen Qualification, causa, Berechtigung bedarf. Bei dem Erwerb einer Servitut iſt es weſentlich anders, da es ſich hier um den Erwerb eines Rechts handelt, daher z. B. ein Fructuar keine Servitut erwerben, wohl aber eine beſtehende dem Grundſtück erhalten kann[4]). Bei Erhaltung einer Servitut kommt es eben nur darauf an, daß der tatſächliche Zuſtand erhalten, der thatſächliche Act geübt wird, und dieß kann von einem Jeden geſchehen, mag er berechtigt ſein oder nicht[5]).

---

4) l. 15 § 7 D. 7, 1: fructuarius quidem acquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest.

5) l. 20 D. ib. Usu retinetur servitus, quum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione ejus est, aut mercenarius, aut hospes, aut medicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus aut fructuarius. — l. 21 ib. fructuarius, licet suo nomine. — l. 22 ib. denique quicuncque quasi debita via usus fuerit. — l. 23 ib. sive ad

Dabei wird nur eben Eins vorausgesetzt: daß dieser thatsächliche Zustand, dieser thatsächliche Act als auf Grund eines Rechts, — quasi debita via usus — mit anderen Worten auf Grund gerade dieser an der dienenden Sache bestehenden Servitut geübt wird. Indem aber der Ausübende sich der aus der Servitut fließenden Befugnisse anmaßt, thut er das nicht in fremdem Namen — nichts liegt ja einem malae fidei possessor ferner, als daß er die Rechte eines besser Berechtigten wahre — und am allerwenigsten im Namen des Grundstücks, sondern auf Grund seiner eigenen angemaßten Befugniß, suo nomine.[6])

Dieses uti, welches zur Erhaltung der Dienstbarkeit erforderlich ist und bezüglich genügt, ist eben weiter gar nichts, als die thatsächliche Erhaltung des Zustandes, wie er durch die concrete Servitut vorgezeichnet ist. Die mehrerwähnte l. 12 drückt das durch ihr fundus enim qualiter se habens, ita quum in suo habitu possessus est, aus. Dabei bedarf es so wenig der mittelbaren oder unmittelbaren Mitwirkung des eigentlich berechtigten Subjects, daß sogar eine ohne jedes Zuthun von Personen, durch bloße Naturkräfte oder Naturereignisse geschehene Erhaltung oder Wiederherstellung dieses Zustandes ꝛc. von voller Wirksamkeit ist. Man vergleiche nur folgende Stellen:

l. 12 cit. am Schlusse: Quare fortius, et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae ducendae retinetur, quod et Sabino recte placuit, ut apud Neratium libro quarto Membranarum scriptum est.

l. 14 pr. ib. Javolenus: Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur.

Hier handelt doch der Strom, welcher das Land wieder anschwemmt, gewiß nicht „im Namen des Grundstücks" und bewirkt, doch die Erhaltung der Realservitut. Es geht daraus, wie bemerkt, hervor, daß eine Mitwirkung des berechtigten Subjects bei Erhaltung der Servitut überall nicht erforderlich ist, daß vielmehr die aus irgend welchem Grunde erfolgende Conservirung des Zustandes, welcher der Servitutbefugniß entspricht, genügt.

---

fundum nostrum facit, vel ex fundo. — l. 24 ib. licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus.

6) cf. l. 21 cit.

Da dieß aber so ist, so ist es nicht nöthig, das Grundstück selbst als berechtigtes Subject zu fingiren und eine Ausnahme von einem Satze zu machen, welcher keine Ausnahme duldet, von dem Satze nämlich: daß nur Personen Subjecte der Rechte überhaupt, der Dienstbarkeiten nnd speciell auch der Realservituten sein können.

Uebrigens hat das Festhalten dieses Gesichtspunctes, daß nur Personen die berechtigten Subjecte von Servituten sein können, nicht ganz die weittragende Bedeutung, welche Elvers S. 97 ff. ihm beilegen möchte.

Allerdings scheint er nicht ohne Einfluß auf den Satz zu sein, daß Eigenthum und Servitutrecht nicht in einer Hand vereinigt sein und in derselben als selbstständige Rechte fortbestehen können.

Dagegen scheint die Folgerung nicht richtig, welche Elvers aus obigem Satze für den Fall zieht, wenn der Servitutberechtigte sein Grundstück derelinquirt und ein Anderer dasselbe occupirt. Hier entsteht nämlich die Frage, bekommt da der Occupant die Servitut mit, oder ist dieselbe, weil im Augenblick der Dereliction das berechtigte Subject aufgehört hat, dieses zu sein, erloschen? Elvers argumentirt nun: wenn der Eigenthümer der herrschenden Sache in der That das berechtigte Subject sei, so verliere die Servitut in dem Augenblicke, wo jener sein Eigenthum und damit die Ausübung der Servitut aufgiebt, ihr Subject, sie gehe daher unter, und „die abgelöste Eigenschaft" consolidire sich mit der körperlichen Sache, die Servitut erlösche für alle Zeiten. Allein hierbei vergißt Elvers einen sehr wesentlichen Punct. Die Realservitut steht allerdings nicht dem herrschenden Grundstück selbst als berechtigtem Subject zu, allein sie ist doch seinetwegen, um seinen Ertrag und seinen Werth zu erhöhen, bestellt und soll aus diesem Grunde nicht nur dem jetzigen Inhaber zustehen (da wäre sie ja eben nur eine persönliche Servitut) sondern auch jedem künftigen Inhaber der Sache, der eben deshalb seiner Zeit Subject der Servitut werden wird. Die Realservitut steht eben in keiner Beziehung zu der Individualität der berechtigten Person, sondern nur zu dem Eigenthümer, resp. Besitzer der berechtigten Sache lediglich als solchem. Ein Wechsel in der Person des Eigenthümers zerstört deßhalb nicht das Dasein der Servitut, sondern hat bestimmungsmäßig nur einen Wechsel der Subjecte der Servitut zur Folge, so daß die Servitut von dem abtretenden Eigenthümer auf den Neueintretenden übergeht.

Indem wir hiernach ausnahmslos an dem Satze festhalten,

daß die Subjecte aller Servituten, auch der Realſervituten immer Perſonen ſind und ſein müſſen, haben wir nur noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß darunter die Perſonen in der weiteren Bedeutung des Civilrechts begriffen werden, ſo daß insbeſondere auch juriſtiſche Perſonen Servituten erwerben mögen, Perſonalſervituten jedoch nur auf den Zeitraum von 100 Jahren, eine Beſtimmung, durch welche das poſitive Recht das Ziel menſchlicher höchſter Lebensdauer in analoger Anwendung auf die juriſtiſchen Perſonen übertrug[7]).

## II. Perſonalſervituten.

### 1. Allgemeines.

### § 11.

Das römiſche Recht kennt vier beſtimmt ausgeprägte und durch beſondere Namen unterſchiedene Formen von perſönlichen Dienſtbarkeiten: Usus, Ususfructus, Habitatio und Operae servorum. Ob daſſelbe neben dieſen Formen auch unbenannte perſönliche Dienſtbarkeiten, s. p. irregulares nach neuerem Ausdruck anerkennt, iſt ſtreitig. Wir werden darauf ſpäter zurückkommen und beſchränken uns hier vorläufig auf die vier genannten Dienſtbarkeiten.

Habitatio und operae servorum dürften für das heutige Recht keine practiſche Geltung mehr haben. Die letztere Servitut hat mit Auflöſung der entſprechenden römiſchen Zuſtände ihre Bedeutung verloren. Die erſtere iſt, weil auf einer den heutigen Verhältniſſen nicht entſprechenden Fixirung eines Wohnungsrechtes beruhend, in das heutige Recht nicht übergegangen. Die „Dienſtbarkeit der Wohnung" im öſterreichiſchen Geſetzbuch, das „Wohnrecht" der Zürcheriſchen Geſetze und das „droit d'habitation" des Code Napoleon ſind Rechtsinſtitute, welche von dem römiſchen habitatio in weſentlichen Stücken abweichen. Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß es einem Jeden, dem eine ſolche Sonderbarkeit einfallen möchte, geſtattet iſt, nach Anleitung von l. 10 pr. D. de usu 7, 8 und l. 13 C. de usufr. 3, 33 eine habitatio als perſönliche Dienſtbarkeit zu beſtellen.

Es verbleiben danach als heutzutage practiſche Formen perſön-

7) l. 56 D de usufr. VII, 1. — l. 8 D. de usufr. leg. 33, 2. (l. 66 §. att. D. de leg. 33, II. 31.)

licher Dienstbarkeiten nur Usus und Ususfructus, deren gegenseitige Abgrenzung wir nunmehr zu betrachten haben. Wir haben dabei nur anzudeuten, daß Ususfructus durch die deutschen Ausdrücke Nießbrauch und Nutznießnng vollständig bezeichnet wird, und daß es gestattet ist, Usus durch Sachgebrauch zu übersetzen.

Ueber diese Unterschiede von Usus und Ususfructus herrschen zur Zeit noch die unklarsten Vorstellungen.

Aeltere Schriftsteller, voran Noodt, de usufructu cap. II. fanden den karakteristischen Unterschied zwischen diesen Servituten vornehmlich in zwei Puncten, nämlich darin, daß

1. der Usufruct die volle Sachnutzung, der Usus aber nur eine auf das nothwendige Bedürfniß des Usuars eingeschränkte Benutzung enthalte;

2. daß der Nießbräucher die Ausübung seines Rechts an einen Anderen abtreten könne, der Usuar aber dieß nicht dürfe.

Es ist das unbestreitbare Verdienst von Thibaut in seinen „Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts" Bd. I. Abh. 3, S. 35 ff. (1798), gezeigt zu haben, daß die referirten Unterschiede als rein äußerliche das Wesen der beiden Rechtsinstitute gar nicht treffen und nicht bezeichnen. Thibaut fügt diesem negativen Verdienst zugleich das positive hinzu, auf die richtigen materiellen Bestandtheile dieser Dienstbarkeiten, wie sie in den Quellen deutlich genug bezeichnet sind, wieder hinzuweisen. In gewisser Beziehung theilt er dieses Verdienst mit Donellus, der u. a. in lib. X. cap. XXIV. § 5 im Anschluß an die Quellen zwei karakteristische Stücke: das uti und frui unterscheidet, deren ersteres den Inhalt des Usus, beide zusammen aber den Inhalt des Ususfructus bildeten. Allein seine Definition dieses uti und frui enthält nur Aeußerlichkeiten, wenn er § 26 sagt: sit uti tantum commoditatis ex aliqua re capere, quantum tractanti et consumenti ad usum et utilitatem quotidianam sufficit, et extra hanc sufficientiam et consumtionem usus non progreditur; frui autem per contrarium ibidem dicitur esse etiam ad compendium.

Auf der Unterscheidung dieser zwei Stücke, des uti und des frui beruht auch die Thibaut'sche Darstellung, welche jedoch den karakteristischen Inhalt dieser Stücke anders bezeichnet. Thibaut erklärt den Inhalt des frui als die Befugniß, die Früchte von der Sache zu ziehen, das uti dagegen als die Befugniß jeden sonstigen Gebrauch von der Sache zu machen. Im Gegensatz zu Donell

nimmt er also den vollen Fruchtbezug und den vollen Sachgebrauch als wesentlich an.

Es unterliegt keinem Zweifel und wird auch heutzutage nicht mehr bestritten, daß dieses uti und frui den bedeutsamen Grundzug der Unterscheidung enthalten. Allein gleich Thibaut sind auch die heutigen Juristen nicht auf den inneren Gehalt dieser beiden Befugnisse, auf ihre Qualität zurückgegangen, sondern haben sich abgemüht, ihren Umfang, ihre Quantität festzustellen und sind damit eben auch bei Aeußerlichem stehen geblieben.

Auf diesem Boden stehet auch die Puchta'sche Definition des Usus § 180: „Der Usus enthält das Recht der Naturalbenutzung für die Person des Berechtigten, mithin ohne das Recht eines Umsatzes der Nutzung durch Ueberlassung der Ausübung an einen Anderen, und mit Beschränkung auf die Bedürfnisse des Berechtigten".

Nicht wesentlich weiter, aber überaus künstlich ist die Deduction von Scheurl, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XV. Num. 2. (1848).

Im Allgemeinen lassen sich die Ansichten der heutigen Juristen dahin zusammenfassen, daß sie das uti als Inhalt des Usus, uti und frui zusammen als Inhalt des Ususfructus fassen, das frui als Recht des Fruchtbezugs, das uti als Recht jedes sonstigen Sachgebrauchs erklären, jedoch auch dem Usuar gewisse Fruchtbezüge zuschreiben und nur, wie es bei ihrer mehr äußerlichen Betrachtung nicht anders sein konnte, schwanken, wie viel oder wie wenig Fruchtbezug sie dem Usuar zugestehen sollen. Damit hängt es denn auch zusammen, daß ihre Definitionen des Usus mehr Descriptionen, als wirkliche Definitionen sind, so bei Arndt's, Pand. § 182. Windscheid, Pand. § 207.. Keller, Pand. §§ 173, 176. Liest man bei ihnen die Regel und dann die Ausnahmen von derselben, so weiß man schließlich fast nicht mehr, was Regel ist, was Ausnahme, und ob nicht die Ausnahme eben so gut als Regel hätte hingestellt werden können.

## § 12.

Der Fortgang dieser Untersuchungen führt nunmehr zur Betrachtung der Qualität der beiden Stücke, welche den Inhalt der Servituten bilden: des uti und des frui, und gelangt damit auf den Punct, wo die Untersuchung an die frühere Darlegung des thatsächlichen Stoffes der Servituten wieder anzuknüpfen hat.

Die letztere hatte gezeigt, daß der Werth der Güter sich in zwei

Beziehungen, welche eben so viele Arten dieses Werthes bezeichnen, spaltet: den Tauschwerth und den Gebrauchswerth. Es wurden die karakteristischen Merkmale Beider untersucht und darauf die überlieferten Formen der Sachenrechte, insonderheit die Servituten geprüft. Als Resultat ergab sich, daß der thatsächliche Stoff der Dienstbarkeiten den Gebrauchswerth betrifft. Dieser Gebrauchswerth ferner theilt sich wieder in drei Nüancen: Productionswerth, Benutzungswerth und Verzehrungswerth. Die Ausbeutung des Verzehrungswerthes (in dem Stoffe des Eigenthums mitenthalten) liegt zunächst außerhalb des Bereichs der Dienstbarkeit. Diese beschränkt sich vielmehr naturgemäß auf die beiden anderen Gebrauchsarten, auf den Gebrauch durch Production und eigentliche Benutzung. Production und eigene Benutzung, das sind eben die beiden Elemente, welche den Grundstoff der Servituten bilden.

Es ist nicht ohne Bedeutung, zu sehen, daß auch die römischen Rechtsbücher in dem Stoff der überlieferten Servitutenbildungen zwei Elemente unterscheiden und auf diese Unterscheidung die Verschiedenheit der hauptsächlichen persönlichen Servituten, des Usufruct und des Usus zurückführen. Es sind dieß die Stücke, welche als frui und uti, als fructus und usus bezeichnet werden [1]).

Es geht daraus hervor, daß der Dualismus, welchen die thatsächliche Gestaltung des Stoffes zeigt, sich auch in der juristischen Bildung wiederholt, und das allein schon dürfte die Vermuthung gestatten, daß er hier, wie dort auf gleichem Grunde ruht, daß er auf beiden Gebieten identisch ist.

Durch die Wortbedeutung beider Ausdrücke wird die Vermuthung erheblich verstärkt, denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß uti die eigene und eigentliche Sachbenutznng, frui dagegen den Bezug von Früchten, mithin das Wesen der Sachproduction in dem früher erörterten Sinne bezeichnet.

Diese Annahme wird durch Betrachtung der Befugnisse, welche die Quellen dem Usufructuar und bezüglich Usuar zutheilen, zur völligen Gewißheit.

---

1) l. 1 D. de usufr. 7, 1: ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. — l. 1 § 1 D. de usu 7, 8: Constituitur etiam nudus usus, id estsine fructu... — l. 2 pr. cit.: cui usus rectitus est, uti potest, frui non potest. — l. 14 § 1 cit.: Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus deest.; et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest.

Die Befugniſſe des Uſuars insbeſondere, welche der Pandectentitel de usu et habitatione 7, 8 aufzählt, betreffen ſämmtlich nur die eigene Sachnutzung mit Ausſchluß des Verzehrungswerthes und des Productionswerthes.

So darf, wer den Uſus an einem Hauſe hat, nur ſelbſt mit ſeiner Familie, ſeinen Freigelaſſenen, Clienten und ſeinen Gäſten darin wohnen, dieſe aber nicht ohne ihn ſelbſt darin wohnen laſſen, auch ſein Recht nicht auf einen Anderen übertragen, an ihn verkaufen, ihm vermiethen oder an ihn verſchenken[2]). Das frui insbeſondere, der Bezug der Früchte, gebührt ihm nicht.

Nun kann es aber im ſpeciellen Falle, wo der Usus beſtellt worden iſt, zweifelhaft ſein, ob nur der nudus usus, oder auch ein beſchränkter Fruchtgenuß hat beſtellt werden ſollen, und dieſer Zweifel kann namentlich entſtehen, wenn der Uſus an Sachen vermacht iſt, deren Benutzung von ſehr untergeordneter Bedeutung iſt, da ihr Hauptwerth vielmehr in dem Fruchtgenuß beſteht. Da gilt nun auch hier, wie überall, wo es ſich um eine Laſt, um eine Beſchränkung der freien Verfügung handelt, im Allgemeinen die Regel, daß ſtrict interpretirt werden müſſe. Nur Vermächtniſſe machen hiervon eine Ausnahme, dergeſtalt daß hier die dem Vermächtnißnehmer günſtigere Interpretation Platz greift[3]). Daher kommt es, daß das Vermächtniß des Uſus dem Honorirten „pro dignitate ejus“[4]) eine erweiterte Befugniß gewährt. Ja dieſe bevorzugte Stellung des Vermächtnißnehmers bewirkt, daß ihm auch ein gewiſſes frui zugeſchrieben wird. Der Umfang dieſes frui richtet ſich im Allgemeinen nach der Beſchaffenheit der Sache und ihrer Brauchbarkeit; er iſt im einzelnen Falle durch eine beſondere Unterſuchung die unter Umſtänden recht ſchwierig ſein kann, zu beſtimmen.

Dabei darf man aber zweierlei nicht vergeſſen. Einmal nämlich iſt das Plus, was einem ſolchen Uſuar zugeſtanden wird, kein uti mehr, ſondern ein frui, wie denn in l. 12 § 2 cit.: ausdrücklich geſagt wird, daß der einem durch Vermächtniß beſtellten Uſuar geſtattete

---

2) l. 4, 8, 10 pr, 11, 12 § 6 h, t.

3) l. 12 § 2 D. h. t.: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

4) l. 12 § 1 h. t. — Die deutſche Ueberſetzung des Corp. jur. von Schilling und Sintenis überſetzt das: „ſeinem Stande gemäß“; es ſoll aber vielmehr heißen: in Gemäßheit ſeiner bevorzugten Stellung als Vermächtnißnehmer; es ſoll damit eben daſſelbe ausgedrückt werden, wie wenn der Vermächtnißnehmer ein Honorirter genannt wird.

Bezug der Wolle, des Nachwuchses, der Milch einer Heerde, magis in fructu sei. Das so gegebene Recht ist also eben nicht mehr der Usus in regelmäßiger Gestalt, sondern ein erweiterter Usus, oder richtiger vielmehr ein beschränkter Ususfructus.

Zweitens ist im Auge zu behalten, daß der Grund dieser Erweiterung nicht im Wesen der Servitut, sondern in der Bevorzugung letzter Willenserklärungen liegt, also ganz außerhalb der Servitutenregeln.

Aus diesen beiden Umständen folgt, daß die Untersuchung des Wesens der Servituten zunächst von dieser Erweiterung und Vermischung beider Servitutenformen abzusehen und sich auf die regelmäßige Gestaltung der letzteren zu beschränken hat. In dem Uebersehen dieses Einflusses letztwilliger Bestellung liegt der Grund, daß man, wie oben referirt, auch dem Usuar regelmäßig einen beschränkten Fruchtbezug zuschrieb, während dieß doch nur ausnahmsweise, bei einem letztwillig bestellten Usus geschehen darf.

Man halte also fest, daß der Antheil am frui, welcher einem letztwillig bestellten Usus in honorem ultimarum voluntatum zugeschrieben wird, kein Usus (auch nicht einmal ein erweiterter) mehr ist, sondern ein beschränkter Fructus, und daß der Usus in seiner regelmäßigen Gestalt nur ein uti, ohne jedes frui gewährt.

Beim Ususfruct nun kommt als zweiter Bestandtheil das frui hinzu, die Ausbeutung des Productionswerthes der Sache, der sich als die Möglichkeit, mit oder ohne menschliche Thätigkeit neue Brauchbarkeiten, neue Werthe entstehen zu lassen, darstellt. Es handelt sich hierbei selbstverständlich nicht um die Erzeugung neuer Stoffe, sondern um die Umformung, Neugestaltung der vorhandenen Stoffe, welche durch Natur oder menschliche Arbeit oder durch beide gemeinsam vermittelt wird, also um die Erzeugung neuer Werthe, neuer Sachen: „Früchte" der schaffenden Natur, des arbeitenden Menschen, oder ihrer Beider zusammenwirkenden Thätigkeit.

Bei diesem Begriff der Früchte denkt man zunächst an die natürlichen Früchte. Nun hat das römische Recht nicht allein den Kreis dieser natürlichen Früchte in seiner Servitutenlehre erweitert, sondern es hat denselben auch ganz allgemein eine neue Gattung von Früchten, die fructus civiles im Gegensatz zu jenen, als den fructus naturales zugesellt [5]).

5) Von der Erweiterung des Begriffs der fructus naturales in der Servitutenlehre wird später die Rede sein.

Die Lehre von den fructus civiles iſt aus den allgemeinen Lehren des Pandectenrechts bekannt. Hier mögen nur ein paar Worte darüber ſtehen, in welcher Weiſe ſich der juriſtiſche und der nationalöconomiſche Begriff von Production und Frucht zu einander verhalten.

Bekanntlich zählen zu den fructus civiles auch Zinſen, Pacht- und Miethgelder. Nun pflegen einige Rechtslehrer die Erzielung ſolchen Gewinns mit Hülfe von Sachen auch als eine Production zu betrachten, und das kann man allerdings, ſofern man die Productivität der Sachen als die „Eigenſchaft, wonach ein Gewinn aus der Sache bezogen werden kann" definirt. Puchta § 37 u. A. Allein dieſe Definition identificirt Production und Sachgebrauch und führt zu der Conſequenz, daß man auch das Product der Sachverleihung z. B. Miethgelder, ebenſogut *natürliche* Früchte nennen müßte, wie die Aepfel, die vom Baume fallen. Das thut aber das römiſche Recht nicht, aus einem Grunde, der vollkommen durchſchlägt und der gerade das Gegentheil von der obigen Puchta'ſchen Bemerkung beſagt. Er ſteht in l. 121 D. verbor. signif. 50, 16: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu (naturali nämlich) non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione. Als natürliche Früchte alſo erkennt das römiſche Recht ſolchen Gewinn nicht an, ſondern conſtruirt dafür den beſonderen Begriff juriſtiſcher Früchte. Das Kriterium dieſes Begriffes liegt darin, daß hier ähnlich wie bei der naturalen Fruchterzeugung neue (in dieſem Sinne) Sachen in das Vermögen des Sacheigenthümers kommen und zwar mit Hülfe ſeiner Sache.

Hiermit verläßt das Recht den naturalen nnd nationalöconomiſchen Begriff von Production und Frucht.

Production im juriſtiſchen Sinne iſt die durch eine wirthſchaftliche Operation mit der Sache vermittelte Erzielung von Gewinn überhaupt, eine durch die Sache ermöglichte Vermehrung des Vermögens des Sacheigenthümers.

Production im natürlichen und nationalöconomiſchen Sinne iſt die Erzeugung *neuer* Werthe.

Dieſer Unterſchied geht zurück auf die Differenz von Volksvermögen und Vermögen des Einzelnen. Production im nationalöconomiſchen Sinne iſt nur eine durch Sachoperation vermittelte Vermehrung der geſammten vorhandenen Gütermenge, des Volksvermögens; Production in dieſem Sinne iſt alſo nur die Erzeugung

neuer Werthe, neuer Sachen. Production im juristischen Sinne dagegen ist jede durch Sachoperation geschehende Vermögensvermehrung des Einzelnen: also nicht allein die Erzeugung neuer, sondern auch der Erwerb vorhandener Werthe, Beides freilich vermittelt durch eine wirthschaftliche Operation mit der Sache. Hierin liegt der Unterschied von Production und Frucht im nationalöconomischen und römischjuristischen Sinne.

## §. 13.

Fassen wir das Resultat des Bisherigen zusammen, so erkannten wir als thatsächlichen Stoff der Servituten überhaupt, daß sie den Gebrauchswerth der Sache betreffen, der Usus in specie das Recht der eigenen Sachnutzung, das uti im Gegensatz und mit Ausschluß der Sachverzehrung, wozu im Ususfruct noch die Ausbeutung des Productionswerthes mit civilrechtlicher Erweiterung, das frui kommt.

Mit solcher Auffassung treffen wir genau mit der Definition zusammen, welche l. 1 D. de usufr. 7, 1 und pr. I. de usufr. II, 4 vom Nießbrauch geben: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Seit den Glossatoren hat man sich immer wieder bemüht, diese Stelle auf eine befriedigende Weise zu interpretiren, aber alle Erklärungsversuche haben, wie schon Galvanus klagte, nur dazu gedient, den Sinn jener Worte zu verdunkeln. Es konnten und können eben alle Erklärungen dieser Stelle, wie jeder Definition überhaupt, nicht zum Ziele führen, so lange man unklare Vorstellungen über das Wesen der Sache, welche definirt werden soll, mitbringt.

Schon die gangbare Erklärung des alienis rebus trägt einen fremdartigen Bestandtheil hinein, indem sie unter res alienae, so wie bei dem jus in re aliena überhaupt solche Sachen versteht, die sich in eines Anderen Eigenthum befinden. Allein die Beziehung auf ein vorhandenes Eigenthum ist den Servituten, wie schon oben bemerkt wurde, durchaus fremd und muß es wohl sein, da sie auch an Sachen, die in Niemandes Eigenthum stehen, vorkommen können. Das alienus bezeichnet eben nur, daß die Sache nicht dem Berechtigten eigenthümlich sei, und wird in demselben Sinne gebraucht, wie wenn das non utendo amittere servitutes, das einfache Verlieren ohne Uebertragung auf einen Anderen in l. 28 D. verb. signif. 50, 16 als eine alienatio bezeichnet wird. Es karakterisirt

eben nicht die Beziehung der concreten Servitut zu einem concreten Eigenthum, ſondern den theoretiſchen Unterſchied von Servitut und Eigenthum. Res mea iſt die in meinem Eigenthum, Beſitz befindliche, meiner totalen Herrſchaft unterworfene. Der Gegenſatz davon iſt die res aliena; das jus in re aliena iſt nur ein Stück der Sachbeherrſchung, die partielle Herrſchaft als ſelbſtſtändiges Recht.

Das rebus utendi fruendi deutet die directe Beziehung der Servitutbefugniß auf die Sache an, welche ohne die Vermittelung einer leiſtungsverpflichteten Perſon dem Servitutberechtigten unterworfen iſt: die dingliche Natur des Rechts.

Das utendi fruendi salva rerum substantia nun bezeichnet den materiellen Gehalt der Servituten, wie er in dem Uſusfruct als der umfaſſendſten Form der Dienſtbarkeit ſich vereinigt findet. Das uti und frui iſt nach der Darſtellung des vorigen Paragraphen leicht zu erklären. Die Beziehung des salva rerum substantia aber ſcheint nicht ohne Schwierigkeit erkennbar zu ſein.

Eine gewiſſe Schuld an der Unklarheit, welche über den Sinn dieſer drei Worte herrſcht, ſcheinen die Inſtitutionenverfaſſer zu haben.

In den Pandecten kommt zunächſt in l. 1 cit. die Stelle des Paulus: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Dann folgt in l. 2 cit. ein Excerpt aus Celſus: Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.

Dieſe beiden Stellen haben keine irgend erkennbare Beziehung auf einander, und es iſt vielleicht nicht zu gewagt, anzunehmen, daß die Stelle des Celſus nicht wie die des Paulus von der Begriffsbeſtimmung des Nießbrauchs, ſondern von der Beendigung desſelben überhaupt und ſpeciell durch den Sachuntergang handelte.

Wenn dieſe beiden Stellen nun auch in den Pandecten keinen nachweisbaren Zuſammenhang beſitzen, ſo ſind ſie doch bei ihrer Aufnahme in das Inſtitutionenwerk derart äußerlich in Verbindung geſetzt worden, daß da die Vermuthung auch innerer Zuſammengehörigkeit gerechtfertigt erſcheint. pr. J. II, 1 lautet: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Die Verbindung der beiden Sätze, von denen der zweite durch Weglaſſung des ususfructus der l. 2 Dig. cit. noch engere Beziehung auf den vorangehenden Satz enthält, deuten allerdings auf die Zuſammen-

gehörigkeit derselben, und lassen den zweiten Satz mit seinem est enim als eine Erklärung des unmittelbar vorhergehenden erscheinen. Dieß nehmen wohl ohne Unterschied die Erklärer dieser Stelle an, und zwar betrachten sie den zweiten Satz als eine Erläuterung der unmittelbar vorhergehenden Worte „salva rerum substantia".

Es ist nicht ohne Wichtigkeit, hier auf eine Variante des Textes aufmerksam zu machen, welche die Gebrüder Kriegel in ihrer bekannten Ausgabe der Justinianeischen Rechtsbücher auffallender Weise nicht erwähnen. Galvanus de usufr. IV. bemerkt dieselbe bereits, indem er bezeugt, daß die reguläre Lesart statt dieses enim ein autem annimmt, und daß so alle glossirten Ausgaben lauten. So hat in der That auch die in meinem Besitze befindliche Pariser Corpus juris Ausgabe von 1536, so lesen ferner von glossirten Ausgaben des Volumen, so weit ich darüber Nachricht habe, auch die Lyoner von 1532 (Fradin) 1553, 1589 sämmtlich autem; auch die Lyoner Ausgabe von 1570 hat so, bemerkt aber am Rande die Lesart enim. Das unglossirte Volumen apud Eustath. Vignon 1590 hat auch autem. Schrader in seiner Ausgabe S. 234 bemerkt: „est enim est autem. cod. 25. ed. Ha. cf. (si lubet) Ricc. vind. 8 (Otto thes. II, 777) et Marckart l. c. — est e. ususfructus Dig. cod. 13." Die Rathsbibliothek zu Leipzig besitzt unter CCXCII. eine Octavausgabe der Institutionen, Francof. ad M. 1610, diese hat autem; dieß ist aber von neuer Hand in Roth zwischen den Linien in enim corrigirt und am Rande steht gedruckt die Note: „Vet. exempl. enim". Dürfte man die Lesart „autem", als die richtige ansehen, so verschwände damit jede Schwierigkeit der Interpretation, denn dann wäre der durch est autem eingeleitete Satz nicht wie der mit est enim eingeleitete Satz eine Erläuterung des Vorhergegangenen, sondern enthielte eine neue selbstständige Bemerkung. Zur Ehre der Institutionenverfasser möchte man geneigt sein, diese Lesart als die richtige anzunehmen, trotz der Bemerkung, welche Galvanus für die Richtigkeit jener Lesart anführt. Denn daß in l. 2 Dig. cit. enim steht, beweist nicht, daß es auch in den Institutionen so lauten müsse, wo beide Sätze in eine Beziehung zu einander gebracht worden sind, während sie in den Digesten eine solche überhaupt nicht haben.

Zum Unglück scheint sich aber die Lesart autem in keiner der vorhandenen Handschriften zu finden; ja Galvanus behauptet ganz bestimmt, daß alle alten Manuscripte, sowohl seine eigenen, als die

von anderen angeführten enim hätten. Die Inſtitutionenhandſchrift der K. Bibl. zu Göttingen hat enim; die 4 Handſchriften der K. Bibliothek zu Berlin aus dem 14. und 15. Jahrhundert leſen ebenfalls ſo; desgleichen die Univerſitätshandſchriften und die Handſchriften der Rathsbibliothek zu Leipzig.

Herr Hofrath Dr. Hänel in Leipzig, dem ich für ſeine gütige Auskunft über dieſe Lesarten ſehr dankbar bin, beſitzt eine Handſchrift der Inſtitutionen, XII. J. H. z. E. mit Authentiken und den Graecis (welche aus der Bibliothek von Rosny, Nr. 2389 ſtammt, ſonſt Petri Pithoei); dieſe hat eine Sigle, welche zwar enim bedeutet, in deren eigenthümlicher Geſtalt aber Herr Dr. Hänel den Schlüſſel zu der Lesart autem vermuthet.

Wenn alſo auch, wie ſchon bemerkt, ein innerer Grund für die Lesart autem ſpricht, ſo bleibt doch, wie die Sachen jetzt liegen, freilich nichts übrig, als enim zu leſen und mit dieſem enim, wie es eben gehen will, auszukommen.

Die, wie es ſcheint, älteſte, zugleich aber auch die ärmſte Interpretation nun iſt diejenige, welche das s. r. s. auf die Dauer des Uſusfruct bezieht, ſo daß es bedeutete: ſo *lange* die Subſtanz der Sache, das corpus unverletzt iſt; davon ſoll denn dieſes est enim die Erklärung geben: da es ein Recht an der Sache ſei, ſo gehe mit der Sache auch das Recht unter. Es iſt doch gewiß nicht anzunehmen, daß Paulus eine ſolche Bemerkung, die mit dem Begriff des Uſusfructus nichts zu thun hat, in die Definition aufgenommen haben würde.

Deßhalb verwirft auch Galvanus dieſe Anſicht und verſteht dieſe Worte ſo, daß ſie die Qualität der Sachen, welche Gegenſtand des Nießbrauchs ſein können, bezeichneten, nämlich diejenigen Sachen „quae suapte natura sunt tales, ut utendo non consumantur, sed retineant substantiam suam ad differentiam earum rerum, in quibus quasi ususfructus constituitur: nam istarum usus in abusu et consumtione consistit", Sachen, an denen ein Gebrauch und Fruchtgenuß ohne Conſumtion der Subſtanz *möglich* ſei. Auch dieſe Erklärung iſt gewiß nicht die richtige. Einmal widerſpricht ſie ganz den Worten der Stelle; denn es iſt doch grammatiſch vollſtändig unmöglich, eine Beziehung des s. r. s. auf rebus zu conſtruiren. Es wäre aber auch eine ſonderbare Definition, die, ſtatt die Qualität der Befugniß zu bezeichnen, das Object beſchriebe, an welchem eine ſolche Befugniß ausgeübt werden könnte. Sodann

kommt es bei Bestimmung eines Rechts nicht darauf an, welche Befugniß an seinem Object möglich ist, sondern welche rechtlich wirklich begründet ist.

Ein entferntes Gefühl dieses Verhältnisses und zugleich ein Gefühl des Richtigen scheint aber Galvanus zu haben, wenn er in diesem s. r. s. zugleich den Unterschied des Ususfruct und des Quasiususfruct ausgesprochen findet.

Galvanus kennt bereits Erklärungen der mehrerwähnten Stelle, denen zufolge das s. r. s. Regeln geben wolle über die Art, wie der Ususfructuar sein Recht ausüben dürfe und müsse; es enthalte nämlich dieses s. r. s. für den Nießbräucher das Gebot ne minuat atque corrumpat rei substantiam quam veluti sartam tectam custodire tenetur. Galvanus verwirft diese Interpretation, aber nicht ganz mit Recht, wenn wir Madai, Archiv für die civilist. Praxis XV. S. 330 ff. (1832) trauen dürften. Auch diesem bezeichnet das s. r. s. die dem Usufructuar gesetzte Benutzungsweise, nur daß Madai das Kriterium und die Grenze derselben in etwas Anderem sucht, als die guten alten Interpreten. Es ist, so erfahren wir, die Gebrauchsweise, wie sie der Eigenthümer der Sache vorschreibt, und diese Benutzungsweise ist das „eigentlich Wesentliche, Substantielle der Sache". Sie wird weiterhin als die Benutzung, wie sie der dominus hatte, bezeichnet, und eine Abweichung von derselben wird regelmäßig nicht gestattet, vielmehr soll sich der Usufructuar „streng an die vorgefundene Benutzungsweise" zu binden haben. Es entgeht Madai nicht, daß der Usufructuar möglicherweise keine Benutzungsweise vorfindet, weil etwa der dominus nicht genutzt hatte — oder, fügen wir hinzu, kein dominus da war — und er meint, solchen Falles, müsse der Usufructuar nutzen, wie ein bonus pater familias genutzt haben würde.

Wenn wir von der Inconsequenz und völligen Principlosigkeit der Madai'schen Regeln, wovon zu reden später Gelegenheit sein wird, absehen, so haben wir wiederholt zunächst darauf hinzuweisen, daß dem Ususfruct an sich gar keine Beziehung auf ein vorhandenes Eigenthum inwohnt, daß diese Beziehung schon deßhalb nicht in die Definition gehört, und das deßhalb auch dies in der Paulianischen Definition des Ususfruct enthaltene s. r. s. nicht in solcher Weise verstanden werden darf. Es mag hier auch mit Rücksicht auf den Madai'schen Ausgangspunct die Bemerkung stehen, daß die Art, wie Jemand sein Recht über eine Sache in concreto wirklich übt, sich

nicht nach innerer Nothwendigkeit aus dem Rechte ſelbſt entwickelt, ſondern ſich nach gewiſſen perſönlichen Verhältniſſen und nach Zufälligkeiten richtet; dieſe beſtimmenden Einflüſſe aber ſind ſchlechthin äußerliche, dem inneren Weſen des Rechts ſo fremde, daß es unbegreiflich iſt, wie man dieſe zufällige Art der Ausübung als das eigentlich Weſentliche, Subſtantielle des Rechts oder gar mit Madai als das Weſentliche der Sache, an welcher das Recht geübt wird, bezeichnen mag.

Andere Rechtslehrer verſtehen das s. r. s., indem ſie es auf uti beziehen, zwar auch von der dem Uſufructuar zuſtehenden Benutzungsweiſe, identificiren es aber ohne Weiteres mit dem boni viri arbitratu uti anderer Stellen. Allein ſo richtig es wohl iſt, daß der Uſufructuar als ein vir bonus, als ein bonus pater familias wirthſchaften könne, ſo ſtimmt das — und das gilt natürlich auch gegen Madai — doch nicht mit dem Wortſinn von s. r. s. Denn man kann recht ſchlecht nutzen, ohne doch die Subſtanz der Sache zu verringern, z. B. wenn man das Grundſtück verſanden läßt.

Auch ganz abgeſehen von dem Einzelnen dieſer Verſuche ſpricht gegen ihre Richtigkeit die allgemeine Bemerkung, daß die Art, wie Jemand den Uſusfruct ausüben ſolle, nichts dieſer Servitut Eigenthümliches iſt, ſondern etwas, was ſich aus allgemeinen Grundſätzen von der Ausübung der Rechte überhaupt ergiebt. Es gehört ſchon deßhalb nicht in die Definition des Uſusfructs, wie es denn überhaupt nicht in die Definition eines Rechts gehört, daß deſſen Ausübung aus äußeren Gründen gewiſſen Beſchränkungen unterliegt.

In die Definition gehören eben nur die Beſtandtheile des Rechts ſelbſt und ihre rechtliche Conſtruction. Wenn wir alſo — und das wird wohl Niemand beſtreiten — in obiger Stelle wirklich eine Definition des Uſusfruct vor uns haben, ſo haben wir das darin enthaltene s. r. s. eben nothwendig auf einen ſolchen begrifflichen Beſtandtheil des Rechts, der rechtlichen Befugniß zu deuten.

Hier, wie faſt immer, kommt Donellus der Wahrheit am nächſten; er ſagt lib. X. cap. II. § 14: qua adjectione duo removentur a jure fructuarii: consumtio rei et transmutatio in aliam formam. Qui usumfructum habet, sic re uti potest, ne consumat... Sed nec fructuarius rem transformabit. So weit iſt Donell ganz vortrefflich; nun kommt aber der Grund dieſer Beſchränkung des Nutzungsrechtes: sed cum in verbis utendi fruendi nihil contineatur de substantia rei, quo aperte declaretur eam

post usum salvam manere debere, unde haec pars sumta est a veteribus, praeter verbi, ut videtur significationem? Ducta est ex vi contrariorum... Inest namque in fructu usus... Contraria autem usus et abusus... und damit verfehlt er den richtigen Grund vollständig. Auch übersieht er dabei, daß es, wenn usus und abusus wirklich contraria sind, nicht nothwendig war, als Inhalt des Nießbrauchs den usus zu nennen und auch noch ausdrücklich den abusus auszuschließen. Man sieht, er hat zwar den Sinn der Stelle so ziemlich richtig erfaßt, aber den Grund, der darin nicht ausgedrückt ist, verkannt.

Um dieses s. r. s. und speciell die Bedeutung von substantia zunächst sprachlich festzustellen, dürfen wir nur c. 16. § 2 Cod. III, 33: tunc eum tantummodo desinere, quum usufructuarius vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia exspirare, hinzunehmen. Hier correspondiren als identische Begriffe das perire der Sache und der Untergang der substantia rei. So wird auch bei Gajus II, § 79 substantia und materia ganz promiscue gebraucht. Wenn ferner l. 4 § 20 Dig. de usurp. 41, 3 sagt: Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus; et ideo vestis furtiva erit, so bedeutet auch hier s. den Stoff, die materia.

Dabei kömmt es, wie sich aus dieser letzteren Stelle ergiebt, zunächst nicht auf die Gestaltung des Stoffes, sondern nur auf den Stoff selbst, auf die Masse selbst an, wie das aus l 34 § 2 D. de usufr. VII, 1 noch deutlicher hervorgeht, da hier die res, quae in specie sunt der substantia gegenübergestellt werden. Jedoch ist jede Verfügung über den Stoff regelmäßig zugleich eine Veränderung des Umfangs, der Form und Gestaltung, der individuellen Beschaffenheit dieser Sache, und umgekehrt eine Veränderung der letzteren eine stoffliche Veränderung, daher denn auch l. 9 § 3 D. ad exhib. 10, 4 sagt: mutata forma prope interimit substantiam rei, und so wird eben jede Verfügung über die substantia regelmäßig auch eine Veränderung des status rei sein. Da indessen die erstere auch ohne die zweite möglich ist, so darf auch die substantia und status rei nicht identificirt werden, wie die Glosse zu l. 13 § 4 D. de usufr. VII, 1 zu thun scheint. Substantia bezeichnet eben zunächst nur die Materie; substantia ist das, was Leist in seinem Buche über die Natur des Eigenthums S. 132 die „stofflichen Bestandtheile" nennt. Sie ist die Materie des Sachkörpers.

So verſtanden bezeichnet nun das utendi fruendi salva rei substantia ganz genau den thatſächlichen Stoff der Servitut, wie wir ihn oben dargeſtellt haben: den Fruchtgenuß und die Sachnutzung ohne Verfügung über den materiellen Beſtand des Sachkörpers. Die Befugniß zur Verfügung über dieſen, ſei es durch Verzehrung deſſelben ſchlechthin, ſei es durch ſeine Umgeſtaltung (Specification ꝛc.) und Veränderung der Sachſpecies liegt außerhalb des Servitutenbegriffs [1]). Solche Befugniß hat die Totalität der Sachbeherrſchung, wie ſie in dem Eigenthum und dem juriſtiſchen Beſitz rechtlich geſtaltet iſt, zu ihrer Vorausſetzung.

So verſtanden, gehört dieſes salva rei substantia ſo recht eigentlich zum Begriff des Uſusfructs als einer Servitut und bezüglich als eines jus in re, deſſen Karakter eben die Verfügung über das Stoffliche des Sachkörpers ausſchließt, im Gegenſatz zum Eigenthum.

Faſſen wir alſo den Sinn dieſer Stelle nochmals zuſammen, ſo lautet dieſelbe: der Uſusfruct iſt das Recht, fremde (nichteigne des Uſufructuars) Sachen zu gebrauchen und Früchte davon zu ziehen, jedoch ohne Verletzung des Stoffs der Sache, ohne Verfügung über die Materie des Sachkörpers.

Nach dieſer Erklärung des salva rei substantia kann das folgende est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est nicht mehr als eine Erläuterung des s. r. s. angeſehen werden. Vielmehr iſt es aufzufaſſen als eine Erläuterung der Beziehung, welche wir in dem utendi fruendi rebus fanden, nämlich der directen Beziehung des Rechts auf die Sache. Es iſt alſo eine nochmalige ſtärkere Betonung der durch das „fruendi rebus“ angedeuteten dinglichen Natur des Nießbrauchs, welcher als ein jus in corpore mit dem Grundſtück ſelbſt verknüpft und damit von deſſen Dauer abhängig iſt.

Freilich haben die Inſtitutionenverfaſſer dieſe Beziehung durch den urſprünglich gewiß ganz anders gemeinten Ausſpruch des Celſus nicht eben glücklich ausgedrückt.

---

1) Hier handelt es ſich natürlich nur um die Befugniß, welche direct durch das Servitutrecht gegeben wird, und danach kann denn Zweck eines ſolchen nicht die Sachverzehrung ſein. Damit iſt aber nicht ausgeſchloſſen, daß eine Sachabnutzung, die doch auch eine Verzehrung iſt, als nebenſächliche Folge ordnungsmäßiger Nutzung eintritt.

## 2. Usus fructus.

### a. Allgemeines.

### § 14.

Nachdem die thatsächlichen Merkmale der beiden Stücke, welche die Bestandtheile von Usus und Usus fructus bilden, also die Merkmale des uti und frui gefunden sind, erübrigt, ihre rechtliche Gestaltung zu betrachten, und zwar zunächst die des frui, welches den karakteristischen Inhalt des Nießbrauchs ausmacht.

Hier, in der Lehre von der Frucht zeigt nun das römische Recht abermals eine Abweichung von der nationalökonomischen Anschauung. Während nämlich die letztere Früchte lediglich als neue Werthe betrachtet und sie als solche schon behandelt, während sie noch mit der Hauptsache zusammenhängen, unterscheidet das römische Recht diese beiden Stadien des Zusammenhängens und des Getrenntwerdens sehr genau und behandelt sie als zwei grundverschiedene Zustände, welche auch als rechtlich verschieden angesehen werden müssen.

Fructus pendentes sind den Römern Theile der fruchttragenden Sache. Erst ihre Trennung von der letzteren verleiht ihnen als solchen Existenz, macht sie zu — selbstständigen — Sachen.

Diese Anschauung bewirkt für das Recht des Fruchtbezugs diese Folgen: Die Befugniß des Nießbräuchers umfaßt die fruchttragende Sache mit allen ihren Theilen und mit den Früchten zumal. Die Ausübung der Befugniß, der wirklich vollführte Fruchtbezug aber verleiht dem Nießbräucher das Eigenthum an den gezogenen Früchten, an denen er vorher nur ein Servitutenrecht hatte. Die Ausübung des letzteren entzieht demselben also einen Theil seines Objects und giebt dem Berechtigten an diesem Theil das Eigenthum. Die Ausübung vollzieht damit an diesem Theil eine Modification des Rechts und seines thatsächlichen Inhalts: sie erhebt die partielle Sachbeherrschung zur totalen.

Diese Bemerkung enthält die Grundlage für die rechtliche Behandlung des frui und karakterisirt dieselbe als die in directer Beziehung auf die Sache gerichtete Befugniß, Theile dieser Sachen durch Separation (oder Perception) zu propriis zu machen, als das dingliche Recht an einer Sache, vermöge dessen die Früchte derselben in dem Augenblick, wo sie durch die Separation selbstständiges Dasein erhalten, in das Eigenthum des Nießbräuchers übergehen. Das jus in re, der Nießbrauch giebt den Titel für Erwer-

bung des Eigenthums an dem durch die Separation zu ſelbſtſtändigen Sachen werdenden Theilen der dienſtbaren Sache.

Den juriſtiſchen Vorgang, welcher dieſen Eigenthumserwerb vermittelt, nennt Puchta, Pand. § 150 ff., einen der Tradition vergleichbaren, ja Savigny, Recht des Beſitzes § 22 a erklärt, daß in der Einräumung des Fruchtbezuges eine wahre Tradition, der erwachſenen Früchte nämlich, liege.

Sofern man l. 6 D. de donat. 39, 5: Quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim, quum lapis exemtus sit, meus fit .... quia quodammodo traditione meus factus est, auch von der durch Servitutbeſtellung geſchehenen Geſtattung des Steinebrechens verſtehen darf, ſo hat man in dieſer Stelle allerdings die Andeutung eines der Tradition vergleichbaren Verhältniſſes.

Es mag fraglich ſein, ob darin eine wirkliche und eigentliche Tradition oder nur ein ihr ähnlicher Vorgang liegt, doch dürfte man ſich aus folgenden Gründen wohl eher für das letztere entſcheiden müſſen.

Die Tradition iſt Beſitzeinräumung. Es iſt nun aber möglich, daß die Servitutbeſtellung von einem Eigenthümer ꝛc., der den Beſitz nicht hatte, geſchehen iſt, ſo daß hier jedenfalls keine Tradition vorgenommen wurde. Ferner liegt auch in gewiſſer Beziehung ein Hinderniß eigentlicher Tradition in der Beſchaffenheit der Objecte, auf welche der Nießbrauch ſich erſtreckt. Man muß nämlich nicht vergeſſen, daß die Tradition der Früchte, da dieſe partes rei ſind, vorausſetzt, es ſei ein Beſitzerwerb und bezüglich ein Beſitzesaufgeben an ſolchen partes rei möglich. l. 27 D. de R. V. 6, 1 erklärt, daß ein geſonderter Beſitz an körperlichen Theilen von Grundſtücken zuläſſig iſt, und daraus könnte man möglicherweiſe deduciren, daß die Früchte des Grundſtücks und der damit zuſammenhängenden Sachen in einem von dem Beſitz der Hauptſache geſonderten Beſitze ſtehen könnten. Doch möchten auch dieſer Annahme gewichtige Bedenken entgegenſtehen. Gewiß aber iſt, daß ein beſonderer Beſitz an körperlichen Theilen beweglicher Sachen nicht ſtattfindet. Puchta, Pand. § 128. 3. Aus dieſem Grunde ſcheint es nicht zuläſſig, eine wahre Tradition anzunehmen, wenn mit dem Nießbrauch z. B. an einem Landgut das Bezugsrecht der Früchte von beweglichen, dazu gehörigen Sachen, wie etwa vom Vieh eingeräumt wird. Ein beſonderer Beſitz an dieſen Früchten und, wie es ſcheint, an Früchten

überhaupt, findet erst von dem Augenblick an statt, wo sie durch Separation selbstständiges Dasein erlangen.

Man kann natürlich auch nicht eine eigentliche Tradition in der Weise annehmen, daß sie im Voraus auf den Zeitpunct selbstständiger Existenz der Früchte geschehe, denn die Tradition setzt immer Besitz des Tradenten voraus; hier hat aber der angebliche Tradent, der Eigenthümer der fruchttragenden Sache so lange, als die Frucht selbstständiger Existenz entbehrt, keinen besonderen Fruchtbesitz. Erlangt die Frucht durch Separation solche Selbstständigkeit, so wird das in der Regel so geschehen, daß nicht der Eigenthümer Besitz daran erwirbt, sondern der Nießbräucher; es kann also auch da nicht eine wirkliche Tradition von Seiten des Eigenthümers, der ja hier zu keinem Zeitpunct den Besitz der Frucht hatte, angenommen werden. Es liegt eben regelmäßig keine Tradition in dem gewöhnlichen Sinne, daß der Tradent den Besitz aufläßt und der Andere erwirbt, vor. Aber der Vorgang ist der Tradition insofern gleich, als der Erwerber sich mit Gestattung des Eigenthümers in den Besitz der Früchte setzt. Der einzige Unterschied jenes und dieses Falles liegt darin, daß hier keine Besitzeinräumung von Seiten des Eigenthümers, der ja gar keinen Besitz hatte, vorliegt. Es ist übrigens dieser Unterschied für die Eigenthumsfrage ohne alle Bedeutung, denn in dem einen, wie in dem andern Falle ist nur wesentlich, daß der Besitzerwerb des Nießbräuchers bezüglich neuen Eigenthümers mit Gestattung des bisherigen Eigenthümers geschieht: in dem einen wie in dem anderen Falle wird durch solchen Vorgang Eigenthum erworben. Eine andere Frage ist die des Besitzes des Eigenthümers, der zwar bei der eigentlichen Traditon nicht aber beim Fruchterwerb des Nießbräuchers vorausgesetzt wird; hatte jedoch letzteren Falles zufällig der Eigenthümer den Besitz an den separirten Früchten erworben, so wird dann die Herausgabe an den Nießbräucher eine eigentliche Tradition werden.

## § 15.

In einem früheren Paragraphen wurde schon ein Punct berührt, in welchem das römische Recht von dem natürlichen Begriff der Frucht als der durch Sachproduction aus der Sache selbst herausgewachsenen Erzeugnisse abweicht, insofern es nämlich gewisse Sachen, die mit der fruchttragenden Sache in gar keinem organischen Zusammenhange stehen, sondern nur durch eine wirthschaftliche Opera-

tion mit derſelben von außen her erworben werden, doch als Früchte dieſer Sache behandelt. Das römiſche Recht ſcheint dabei nicht ſtehen geblieben, ſondern eine fernere Erweiterung des Fruchtbegriffs dadurch vorgenommen zu haben, daß es dem Nießbräucher die Erträge der Jagd, des Fiſchfangs ꝛc., bei deren Erwerb die Nießbrauchsſache gar keine Factor abgiebt, zugeſchrieben hat.

Man könnte allerdings, und wie es ſcheint, nicht ohne Grund bezweifeln, ob ſolcher Gewinn, ſofern es ſich um wilde Thiere handelt, ein fructus und nicht ein usus ſei. Das römiſche Recht betrachtet die Jagdbefugniß nicht gleich dem deutſchen Recht[1]) als ein Pertinenz des Grundeigenthums, denn es ſchließt an ſich den Eigenthumserwerb an jagdbaren Thieren auf fremdem Grund und Boden nicht aus[2]), ſondern nur das Betreten des Grundſtücks zu dieſem wie zu jedem anderen Zwecke ohne Genehmigung des Eigenthümers. Danach würde denn die Geſtattung dieſes Betretens von Seiten des Eigenthümers als die Einräumung des jus utendi, als ein auf das Betreten zum Zweck des Jagens ꝛc. beſchränkter Uſus zu betrachten ſein.

Die Quellen freilich ſcheinen ſolche Jagdbefugniß mehr als einen Fruchtgenuß zu betrachten, wenigſtens bedienen ſie ſich wiederholt der Ausdrücke frui und fructus in Bezug auf dieſelbe. Will man auf dieſe Ausdrücke entſcheidendes Gewicht legen, ſo wird man eben annehmen müſſen, daß die Römer die auf Grundſtücken, deren Ertrag lediglich in Jagd und Fiſchfang ꝛc. beſteht, gefangenen Thiere als Früchte dieſer Grundſtücke behandelt wiſſen wollen. Sie beabſichtigen hierdurch wohl nicht eine theoretiſche Erweiterung des Fruchtbegriffs, denn in l. 77 D. de verb. signif. 50, 16 werden dieſe Thiere ausdrücklich von dem Begriff der Früchte ausgeſchloſſen; vielmehr wollen ſie wohl nur eine Interpretationsregel für den concreten Fall der Beſtellung eines Uſusfructs an Grundſtücken der bezeichneten Art aufſtellen. Wenn nämlich der Uſusfruct an Grundſtücken gegeben iſt, die nichts weiter abwerfen als den Ertrag von Jagd, Fiſcherei, Vogelfang u. dergl., ſo ſoll dieſer Ertrag als gewährt angeſehen werden. Trifft dagegen dieſe Vorausſetzung nicht zu, ſo ſoll dieſer Ertrag dem Fructuar nicht zuſtändig ſein, nicht als fructus betrachtet werden. So muß man l. 26 D. de usu-

1) Cf. Gerber, deutſches Privatrecht § 92 not. 3. 5.
2) l. 3 § 1 D. de acquir. rer. dom. 41. 1.

ris: venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet, wenn also die Jagd den (ganzen) Ertrag des Grundstücks repräsentirt, verstehen, so auch l. 62 D. 7, 1, wo die Jagd in saltus, d. h. in Waldweiden für zulässig erklärt wird. Sie sagen also nicht: der Ertrag der Jagd gehört zum Begriff der Frucht, sondern: wenn der alleinige Ertrag eines Grundstücks, an welchem der Nießbrauch bestellt ist, in der Jagd besteht, so soll dieser dem Nießbräucher gehören. Es liegt darin nicht sowohl eine theoretische Erweiterung des Fruchtbegriffs, als eine Erweiterung durch den Privatwillen des concreten Nießbrauchbestellers. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß die Zulässigkeit schon dieser Privatwillkür thatsächlich eine Erweiterung der Grenzen des Fruchtbegriffs bewirkt.

Noch ein Schritt weiter führte dazu, das frui auf Theile der Sache zu erstrecken, die nicht Früchte sind. Unter diesen Gesichtspunct fällt z. B. das Recht, Steine zu brechen, l. 10 § 2. 3. Dig. de usufr. 7, 1. Das Steinebrechen und Aehnliches verletzt offenbar den Hauptstamm der Sache selbst. Jedoch ist zu bemerken, daß derartige Rechte nur insofern zugelassen werden, als sie Stücke betreffen, die für den Bestand, die Gestalt der Sache — die substantia rei in diesem zweiten Sinne — nicht wesentlich sind, deren Wegnahme also die Sachspecies nicht untergehen läßt oder auch nur verändert. Die Römer construiren übrigens auch für diese Dinge den Begriff der Frucht, und zwar auf eine eigenthümliche Weise. l. 7 § 13 D. soluto matrim. 24, 3: Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum, neque exportatum, est mariti, et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia, (Ulpian denkt da wohl an die Ablagerungen des Süßwasserkalkes, die Kalktuffe ꝛc.) und § 14. 16: Sed si cretifodinae, argentifodinae, vel auri, vel cujus alterius materiae sint, vel arenae, utique in fructu habentur, wobei man freilich den Grund dieser Unterscheidung nicht erfährt.

---

Das jus fruendi wurde sonach, soweit es die fructus naturales betrifft, erkannt als das Recht auf Erwerb des Eigenthums an diesen Früchten, folglich an Theilen der Sache, denn das sind ja die Früchte nach römischer Auffassung.

Wenn man hiernach die Servitut als ein Recht auf die An-

eignung gewiſſer Theile der Sache auffaßt, ſo ſcheint ſolche Anſicht etwas Gemeinſames mit der von Elvers aufgeſtellten Theorie des Weſens der Dienſtbarkeit zu haben. Nach deſſen Auffaſſung nämlich würde zwar das Eigenthum durch die Servitut nicht beſchränkt, aber die Sache, welche den Gegenſtand des Servitutrechtes bildet, würde verkleinert dadurch, daß die betreffende in der Sache enthaltene Eigenſchaft gleichſam als ein körperlicher Theil aus derſelben ausgeſchieden und als ſelbſtſtändige Sache veräußert werde. Allein das Gemeinſame, was die hier aufgeſtellte und die Elvers'ſche Anſicht zu haben ſcheinen, verſchwindet bei näherer Betrachtung, und es zeigt ſich, daß hier und dort die innere Conſtruction doch höchſt weſentlich verſchieden iſt. Es bedarf das wohl keines näheren Nachweiſes.

## § 16.

Puchta § 179 macht die Bemerkung: „Innerhalb der Grenzen des eigentlichen Servitutenbegriffs wäre die servitus usus die einzige Perſonalſervitut .... Aber es iſt geſtattet worden, der Perſonalſervitut Befugniſſe hinzuzuſetzen, die über den regelmäßigen Servitutinhalt hinaus ſich erſtrecken, dadurch iſt unter dem Namen fructus, ususfructus (Nießbrauch) noch eine zweite Perſonalſervitut zu jener hinzugekommen.“ [1])

Neuere Schriftſteller haben dieſe Bemerkung angefochten [2]), allein gewiß nicht mit Recht. Denn die Darſtellung der vorigen Paragraphen dürfte gezeigt haben, daß der karakteriſtiſche Inhalt des fructus allerdings in etwas ganz Anderem beſteht, als was nach gewöhnlicher Auffaſſung den Inhalt einer Servitut als eines jus in re aliena bilden ſoll.

Der eigentliche Karakter der jura in re beſteht ja darin, daß ſie das Recht partieller Sachbeherrſchung enthalten im Gegenſatz der totalen Sachherrſchaft, wie ſie das Eigenthum gewährt; ſie ſind — um es in der gewöhnlichen Formel auszudrücken — Rechte an Sachen, die nicht in des Berechtigten Eigenthum ſtehen. In dieſem Sinne iſt der Uſus ein ächtes jus in re, denn er iſt ein Nutzungs-

1) In einem anderen Sinne ſpricht auch Donellus X, cap. 2 § 3 dem Uſusfruct die Eigenſchaft einer ächten Perſonalſervitut ab: non enim recte diceretur servitus utendi fruendi, quoniam servitus est in serviente, ipsum autem factum utendi fruendi actio ejus, cui servitus debetur; actio plane contrario servituti, freilich nicht ganz glücklich!

2) Z. B. Arndts, Pand. § 182. Anm. 2.

recht an einer fremden Sache. In diesem Sinne ist es auch der im Nießbrauch enthaltene Usus.

Der Fructus aber, so wurde gezeigt, giebt das Recht auf Aneignung gewisser Sachen, die Befugniß, die volle rechtliche Herrschaft über diese Sachen, das Eigenthum an denselben zu erwerben. Die Ausübung dieses jus fruendi ist nicht die partielle Herrschaft über die Sache (jus in re), sondern der Erwerb der totalen Herrschaft (dominium) über Theile derselben, ja bei der Jagd ꝛc. der Erwerb des Eigenthums an Sachen, die mit der durch den Nießbrauch belasteten Sache auch nicht in dem entferntesten Zusammenhange stehen.

Man mag daher denn doch wohl mit Recht sagen, daß innerhalb der Grenzen des Servitutenbegriffs, resp. des Begriffs des jus in re nur der Usus, nicht auch der Fructus eine ächte Servitut sei. Es ist auch gewiß, daß nur die organische Verbindung beider Bestandtheile im Ususfructus es ermöglichte, den letzteren als ein jus in re und speciell als eine Servitut zu behandeln; und auch in dieser organischen Verbindung ist es wieder nur der Bestandtheil des Usus, welcher dem Institut den Servitutenkarakter aufdrückt. Der dingliche Karakter dieses Rechts nämlich besteht darin, daß eine gewisse Sache dem Nießbräucher dienstbar gemacht wird, so daß dieser mit Hülfe dieser Sache und aus derselben heraus Früchte producirt, (fructus naturales im nationalöconomischen Sinne) oder durch eine wirthschaftliche Operation mit derselben vorhandene Werthe in sein Vermögen bringt (fructus civiles), oder endlich durch mechanische Benutzung derselben in den Stand gesetzt wird, gewisse herrenlose Sachen zu occupiren (Jagd ꝛc.). Was an solcher Dinglichkeitsstiftung eigentliches jus in re aliena ist, das ist nur Usus, die Benutzung theils als Selbstzweck, theils zum Zweck des Fruchterwerbs.

Es zeigt sich hier die Richtigkeit des früher ausgesprochenen Satzes, daß die Servituten zwar gewisse gemeinsame thatsächliche Grundlagen haben, daß aber die Construction der einzelnen Servituten im Recht sich höchst verschieden gestaltet.

## § 17.

Zur Terminologie mögen hier folgende Bemerkungen stehen.

Fructus und ususfructus werden gleichbedeutend gebraucht.

Wo der Nießbrauch einem vorhandenen Eigenthum gegenüber steht, wird das letztere nuda proprietas, der Eigenthümer dominus

proprietatis oder proprietarius (ein neulateiniſcher Ausdruck) genannt.

Die Gloſſe zu pr. J. de usufructu II. 4 bemerkt über den Uſusfructus: Item est forma quaedam a proprietate separata, cum apud unum possit esse proprietas, apud alium ususfructus.... Jus autem quod dominus fundi habet in fructibus percipiendis, est cum causa, i. e. cum proprietate. Dieſes jus des dominus nennt die Gloſſe bei Leibe nicht einen Uſusfruct, eine Servitut. Die Commentatoren aber haben hieraus einen Uſusfructus gemacht und nun zwei Uſusfructe unterſchieden, welche ſie in einer geiſtloſen Anknüpfung an die Worte der Gloſſe u. causalis und formalis nennen.

U. causalis bezeichnet das Recht des Eigenthümers die Sache zu gebrauchen und Früchte davon zu ziehen und erklärt ſich ſo, daß u. causalis die Verbindung des Fruchtbezugs- und Nutzungsrechtes mit ſeiner causa, das Eigenthum bedeutet. U. formalis aber wird die Servitut des Uſusfruct genannt, quia habet distinctam formam a proprietate. Cf. u. A. Caepolla cap. IV. Dieſe Unterſcheidung, welche mit der verwerflichen Lehre von den partes dominii zuſammenhängt, war noch zu des Coraſius Zeit unangefochten. Dieſer eifert dagegen, indem er nur einen Uſusfruct, den nämlich, welchen die Commentatoren u. formalis nennen, anerkennt. Von da ab entſteht hieraus eine viel ventilirte Streitfrage, die nun freilich heutzutage keine Bedeutung mehr haben kann, nachdem die Lehre von den partes dominii, auf welcher ſie beruht, verworfen worden iſt.

### b. Umfang der Befugniſſe.

### § 18.

Es handelt ſich dabei darum, wie der Nießbräucher die Sache benutzen, was er an Früchten ziehen darf. Wo den desfallſigen Befugniſſen des Nießbräuchers durch den Willen des Verleihers beſtimmte Grenzen gezogen ſind, da entſcheidet natürlich dieſer Wille. Sonſt aber ſtehen dem Nießbräucher die Nutzungs- und Fruchtbezugsbefugniſſe in vollem Umfange zu[1]).

In Beurtheilung dieſes Umfangs wird es daher weſentlich auf eine Interpretation der Willenserklärungen ankommen, wobei denn, was die letztwillige Beſtellung anbetrifft, im Zweifel die weitere und

1) l. 7 pr. D. h. t. usufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Cf. auch l. 9 pr. eod.

für den Nießbräucher günstigere Interpretation Platz greift[2]), weil eben zu Gunsten letztwilliger Dispositionen eine weniger strenge Interpretation angeordnet ist.

Ein Ususfruct, welcher hiernach den vollen Umfang des uti und frui besitzt, umfaßt das Recht zu jedweder oben gekennzeichneten Benutzung und das Recht auf den Bezug alles dessen, was unter den Begriff Frucht fällt. Der Begriff „Frucht", welcher in l. 9 pr. D. h. t.: Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, auf eine sehr weite Weise definirt wird, kann in seiner Anwendung auf den speciellen Fall mannichfachen Schwierigkeiten unterliegen, weßhalb die Quellen in dieser Beziehung eine sehr reichhaltige Casuistik enthalten.

Zunächst werden Sclavenkinder nicht zu den Früchten gezählt; es gehört das zum antiquirten Recht und interessirt heutzutage nicht weiter.

Was die Thierjungen betrifft, so referirt l. 68 § 1 D. h. t.: Fötus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. Der Nachwuchs einer Heerde würde also eigentlich auch dem Nutznießer gehören, nam alioquin quod nascitur, fructuarii est[3]); indessen nahmen die alten Juristen an, der Usufructuar habe die Verpflichtung, die abgängig gewordenen Stücke der Heerde zunächst aus dem Nachwuchs wieder zu ersetzen, geschieht dieß, so wird derjenige Theil der Nachzucht, welcher zu solchem Zwecke in die Heerde eintritt oder in derselben verbleibt, Eigenthum des Heerdeneigenthümers; dagegen fallen die abgängig werdenden Thiere dem Nießbräucher zu Eigenthum anheim, auch erhält er selbstverständlich den überschießenden Theil des Nachwuchses. Der entsprechende Wechsel des Eigenthums geht in allen diesen Fällen nicht eher vor sich, bis Beides, Ausscheidung und Ergänzung erfolgt ist; vorher steht dem Eigenthümer gegen den Usufructuar nur eine Klage auf Erfüllung seiner Verpflichtung, die Heerde zu ergänzen, zu[4]). Diese Sätze sind nicht, wie es den Anschein haben möchte, ein leeres Theoretisiren, sondern von wesentlich practischer Bedeutung, da sie auf die Bestimmung des periculum einen entscheidenden Einfluß üben. Stirbt nämlich der Nachwuchs vor erfolgter Einreihung, so stirbt er dem Nießbräucher, ihn trifft der Schaden und event. an-

2) Quoniam et alia onera agnoscit usufructu legato. l. § 2 D. h. t.
3) l. 69 cit.
4) l. 68 § 2 l. 69. 70. cit.

derweite Erſatzpflicht, welche zumal zu Ende des Nießbrauchs zur Sprache kommen wird [5]).

Die ſchlagbaren Bäume eines Schlagwaldes, d. h. eines ſolchen, der zur Holznutzung eingerichtet und beſtimmt iſt, nimmt ſelbſtverſtändlich der Uſufructuar [6]).

Vom Ertrag der Jagd haben wir ſchon oben gehandelt. Bei einem Uſusfruct an Grundſtücken, welche nach ihrer Beſtimmung oder nach Ortsgewohnheit die Ausübung der Jagd geſtatten, gehört auch deren Ertrag zu den Früchten, ſteht mithin dem Nießbräucher zu [7]).

Der Ertrag der vorhandenen Gruben von Sand, Lehm, Metall und anderen derartigen Foſſilien fällt nach römiſcher Anſchauung unter den Begriff der Frucht und gebührt dem Nießbräucher [8]).

Der Nutzungs- und Fruchtnießung des Uſufructuars iſt im Allgemeinen dieſelbe Grenze geſetzt, wie jedem Servitutberechtigten; auch er iſt nicht befugt, das Grundſtück ſelbſt in ſeiner Subſtanz anzugreifen oder auch nur deſſen äußere Einrichtung, welche demſelben das individuelle Gepräge z. B. eines Gartens, eines Weinberges giebt, und welche inſofern zu deſſen Weſen gehört, zu verändern, denn es wurde oben gezeigt, daß es gerade zum Begriff der Servitut und folgeweiſe auch des Uſusfructs gehört, daß die Verfügung über die Subſtanz principiell davon ausgeſchloſſen bleibt.

Der Nießbräucher darf daher beim Nießbrauch an einem fundus weder Fruchtbäume herausreißen (ſie müßten denn überſtändig und nicht mehr tragfähig ſein), noch das Landhaus einreißen, noch ähnliche das Weſen des Grundſtücks angreifende Veränderungen vornehmen. Beim Nießbrauch an einem Luſtgarten darf er denn auch nicht die ſchattengebenden Alleen und die zum Vergnügen dienenden Anlagen entfernen und ſtatt deſſen eine Olivenplantage einrichten oder das Grundſtück ſonſt auf Gewinnung von Ertrag bewirthſchaften [9]).

---

5) l. 70 § 2 cit.
6) l. 7 § 12 D. soluto matrim. etc. 24. 3.
7) l. 26 D. de usuris, 22, 1. l. 26 D. de usufr. 7, 1.
8) l. 7 § 14 D. sol. matr. 24, 3 (über den Marmor ſ. l. 7 § 13 cit.)
9) l. 13 § 4 D. h. t. 7. 1. Als weſentliche Aenderungen in dem status des Grundſtücks werden bezeichnet: das Bebauen einer area, in Gebäuden das Ausbrechen neuer Fenſter und Thüren, Veränderung der Zimmeranlage, das Anbringen eines Anbaues, Anlage von Röhrenleitungen in den Wänden, das Höherbauen des Hauſes, Oeffnung geheimer Gänge und Aehnliches.

So weit die äußere Einrichtung, der status des Grundstücks dadurch nicht beeinträchtigt wird, darf der Nießbräucher selbst ganz neue Einrichtungen und Anlagen auf dem Grundstücke machen[10]), und unter derselben Voraussetzung z. B. auch neue Steinbrüche daselbst anlegen[11]).

Einrichtungen dieser Art aber, welche die feststehende Zurichtung des Grundstücks beeinträchtigen, so wie die grundsätzliche Abänderung der Bewirthschaftung des Grundstücks sind dem Usufructuar nur gestattet, wenn ihm ausdrücklich und schlechthin die Befugniß, Meliorationen zu machen, gegeben ist, und nur in der Voraussetzung, daß das, was er vorhat, eben eine Melioration ist[12]).

Dagegen steht dem Usufructuar frei, äußeren Schmuck anzubringen, das Haus anstreichen, ausmalen, mit Estrich und Wandbekleidungen versehen zu lassen, Statuen zu setzen[13]), sofern das überhaupt zu dem Karakter des Hauses paßt, denselben nicht verändert.

Meliorationen dagegen, welche diese individuelle Sacheinrichtung nicht alteriren, dieselbe vielmehr weiter ausbilden, verbessern, nutzbringender machen, sind dem Nießbräucher natürlich unbedingt gestattet[14]).

### c. Verpflichtungen.

### § 19.

Die Verpflichtungen des Nießbräuchers beziehen sich

1. auf die Lasten der Sache.

Der Nießbräucher, welcher die gesammte Sachnutzung hat, soll eben

---

10) Paullus Rec. Sent. III, 6 § 21; l. 7 § 3, l. 8, l. 13 § 7, l. 61, l. 73 D. de usufr. 7, 1.

11) l. 13 § 5 D. h. t.: Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ergo puta, eum ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris et ferri, et ceterorum fodinas. vel quas paterfamilias instituere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit.

12) l. 13 § 5 cit. a. E.: Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deficere poterit, si quidem ei permittitur, meliorare proprietatem, nämlich die Sache melioriren durch Veränderung ihrer individuellen Beschaffenheit.

13) l. 7 § 3, l. 13 § 7 D. 7, 1.

14) So ist l. 44 D. h. t. zu verstehen, sie lautet: Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest, quia tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset, non tamen id jure suo facere potest; aliudque est tueri, quod accepisset. ac novum facere.

deßhalb zur Tragung der Laſten verbunden ſein. Ihn treffen alle öffentlichen Abgaben von der Sache, gleichviel welcher Art ſie ſind[1]). Er hat die Sache in ihrem körperlichen Beſtand zu erhalten; ihm liegt daher bei Gebäuden die Reparatur derſelben ob. Von dieſer Verpflichtung kann er ſich nur durch Verzicht auf ſein Nießbrauchsrecht und durch deſſen Rückgabe an den Eigenthümer befreien. Uebrigens geht ſeine Reparaturverpflichtung nur ſo weit, daß er die Gebäude unter Dach und Fach erhält, während er zur Wiederaufrichtung deſſen, was vor Alter einſtürzt, nicht gezwungen werden kann, aber auch der Eigenthümer iſt zum Wiederaufbau nicht verbunden[2]). Er ſoll als Verwahrer und Benutzer der Sache auch für Erhaltung ihres rechtlichen Zuſtandes ſorgen, der Entſtehung von Servituten an derſelben entgegentreten, die derſelben zuſtändigen bewahren, auch nicht zulaſſen, daß die Sache durch Uſucapion eines Dritten dem Eigenthümer vollſtändig entwährt wird[3]).

Alle dieſe Verpflichtungen haben ihren Grund in geſetzlicher Vorſchrift und baſiren auf dem Princip, daß, wer die geſammte Sachnutzung hat, auch die Laſten derſelben zu tragen[4]) und für vollſtändige Erhaltung derſelben zu ſorgen verpflichtet ſei[5]). Auf Erfüllung dieſer im Weſen des Nießbrauchs liegenden Verpflichtungen geht die dingliche Klage aus dem Nießbrauchsrechte.

Auf weſentlich anderem Grunde ruhen die Verpflichtungen, welche ſich auf

2. die Art der Nutzung und des Fruchtgenuſſes

und

3. die Reſtitution der Sache nach beendigtem Nießbrauch

beziehen.

Bei Beſtellung des Uſusfructus werden dem dinglichen Recht regelmäßig gewiſſe obligatoriſche Elemente beigemiſcht, welche das Intereſſe des Eigenthümers ſicher zu ſtellen dienen, und welche insbeſondere für die Art der dem Nießbraucher vorgeſchriebenen Nutzung

1) l. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1; unter usufr. legatus wird in dieſer Stelle derjenige verſtanden, welcher die geſammte Sachnutzung gewährt, cf. l. 7 pr. cit.

2) l. 7 § 2 u. 3 cit.

3) l. 1 § 7 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

4) l. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrium cogi Celsus scribit.

5) l. 1 § 7 D. 7, 9: nam fructuarius custodiam praestare debet.

und Fruchtnießung von ganz besonderer Bedeutung sind. Es könnte den Anschein haben, als träfen diese Elemente wesentlich mit dem zusammen, was im vorigen Paragraphen über die Grenzen der dem Nießbräucher zustehenden Befugnisse gesagt worden ist. Allein dieß ist doch etwas wesentlich anderes als jenes. Während es sich dort darum handelte, wie viel oder wenig der Nießbräucher vermöge seines dinglichen Rechtes thun darf, handelt es sich hier darum, was er nach vertragsmäßiger Verpflichtung thun soll. Das Erstere wird ausgedrückt durch das uti frui salva rei substantia, das Zweite durch das uti frui boni viri arbitratu, das ein jeder Nießbräucher, wie sogleich weiter zu bemerken ist, durch einen besonderen Vertrag zu versprechen hat. Die Mehrzahl der Juristen, Elvers in seinem Servitutenbuche voran, hat sich nicht zu einer Erkenntniß dieses principiellen Unterschiedes erheben können, und so hat es kommen mögen, daß sich so verwirrte Vorstellungen, wie sie Madai, im Archiv f. d. civilist. Pr. XV. S. 330 ff. (1832) zeigt, von der dem Nießbräucher zustehenden bezüglich vorgeschriebenen Nutzung und Fruchtnießung gebildet haben.

Diese obligatorischen Verpflichtungen werden constituirt durch einen zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbräucher zu errichtenden besonderen Vertrag, die cautio usufructuaria. Durch denselben verspricht der Nießbräucher:

1. se usurum boni viri arbitratu[6]);

2. et quum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit.

Das Erstere ist auch materiell etwas wesentlich anderes und wesentlich mehr, als was das uti frui salva rei substantia bezeichnet. Denn während dieß nur negativ die Grenzen der Nießbrauchsbefugnisse ausdrückt, begründet die cautio usufr. positive Verpflichtungen. Dieß wird deutlich genug ausgedrückt in

l. 1 § 3 D. h. t. in den Worten: cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam usufructus facturum, ceteraque facturum, quae in re sua faciet.

Welcher Art die solchergestalt constituirten Verpflichtungen sind, das ist im Allgemeinen unschwer zu sagen: der Nießbräucher soll uti und frui, wie es ein guter Hausvater mit seiner eigenen

6) l. 13 pr., l 9 § 2 D. usufructuarius quemadmodum caveat. 7, 9.

Sache thun würde. So einfach indessen dieser Satz klingt, so schwierig kann sich seine Anwendung im concreten Falle gestalten. Eine durchgreifende Regel dürfte sich hiefür überhaupt nicht aufstellen lassen. Elvers versucht zwar eine solche zu gewinnen, indem er S. 460 ff. darauf hinweist, daß „der vir bonus in den Anschauungen seiner Zeit, seines Landes und unter Umständen seines Standes stehen soll", und daraus den Satz ableitet, daß es genüge wenn der Usufructuar „die Handlungsweise einhält, welche die Sitte für derartige Sachen vorschreibt". Es wird damit schon um deßwillen keine durchschlagende Regel gewonnen, weil unzweifelhaft der Nießbrauch an Sachen vorkommen kann, deren Benutzung nachweislich noch nicht durch die Sitte geregelt ist. Sodann ist auch zu bemerken, daß die Sitte des Landes nicht immer eine gute ist, daß also nicht immer der Nießbräucher, der die Sitte des Landes zur Richtschnur nimmt, als ein guter Wirth bezeichnet werden kann. Entscheidend ist ja eben nicht, wie ein Einzelner gewirthschaftet hat, wie die Bewohner eines Districtes wirthschaften, sondern wie sie als gute Wirthe wirthschaften sollen. Was aber eine gute Wirthschaft ist, das zu erwägen, wird in jedem besonderen concreten Falle dem sachverständigen Ermessen anheim fallen müssen und Sache besonderen Beweises sein.

Diese cautio usufructuaria kann entweder eine Realcaution oder auch nur eine Personalcaution, je nach Umständen und dem Willen der Parteien, sein. Eine gesetzliche Befreiung von Leistung einer Realcaution besteht für:

1. den Ehemann, welchem der Nießbrauch zum Heirathsgut gegeben ist[7]),
2. den Fiscus und die res publicae[8]),
3. den Vater in Ansehung des gesetzlichen Nießbrauchs an der Adventition seiner Kinder[9]),
4. den Usufructuar, dem die Proprietät ex die gegeben ist[10]);
5. der Ehegatte, welcher eine zweite Ehe eingeht, dadurch das Eigenthum gewisser Güter verliert, braucht bezüglich der Immobilien keine Caution zu bestellen, wie aus l. 6 § 1 C. de sec. nupt. 5, 9,

---

7) l. 2, C. de fid. dot. 5, 20
8) l. 1 § 18, l. 6 § 1 D. ut leg. serv 36, 3.
9) l. 8 § 4 C. de bon. qu. lib. 6, 61.
10) l. 9 § 2 D. 7, 9.

wo nur eine Caution bezüglich der Mobilien erwähnt wird, gefolgert werden darf,

6. auch der Schenker, der sich den Nießbrauch an der verschenkten Sache vorbehielt, ist nach der Praxis von der Bestellung einer Realcaution befreit.

Die Cautionsbestellung überhaupt kann vom Eigenthümer regelmäßig erlassen werden; nur ein Testator darf einen solchen Erlaß nicht zum Nachtheil und auf Gefahr des Erben aussprechen[11]).

So lange die Caution nicht geleistet ist, soll der Usufructuar noch kein Recht auf die Nutznießung der Sache haben. Ist die Uebergabe der letzteren bereits vor der Cautionsbestellung erfolgt, so kann der Eigenthümer nach seiner Wahl entweder die Sache vindiciren oder auch auf Bestellung der Caution klagen[12]).

Es wird empfohlen, der die Caution enthaltenden Stipulation zugleich ein Inventar, welches den Befund der Sache feststellt, beizufügen, damit nach Maßgabe desselben seiner Zeit ohne Schwierigkeit ermessen werden könne, ob der Nießbräucher die Sache verschlechtert oder nicht[13]).

Was den zweiten Punct der Caution betrifft, so hat danach der Usufructuar eben nach beendigtem Nießbrauch die Sache so zurückzugeben, wie sie war, bezüglich wie sie nach dem durch den ersten Theil der Caution geregelten ordnungsmäßigen Gebauch geworden ist. Die Restitution geschieht an den Stipulator. Geht die Sache vor beendigtem Usufruct in das Eigenthum eines Anderen über, so hat dieser, sofern er nur Singularsuccessor ist, natürlich keinen Anspruch aus der Stipulation. Er hat jedoch das Recht, Caution zu verlangen.

Die Klage, welche durch die Cautionsbestellung erzeugt wird, ist die actio ex stipulatu, sie wird übrigens gelegentlich auch als actio de usufructu bezeichnet[14]). Daneben können möglicherweise auch die actio legis Aquiliae und die derselben nachgebildeten Klagen zustehen. Da diese aber in der Regel da nicht stattfinden werden, wo es sich um eine Nichterfüllung der Verpflichtungen, also um eine Unterlassung Seitens des Nießbräuchers handelt, so ist gerade

11) l. 6 pr. D. 36, 4; l. 7 C. ut in poss. legat. 6, 54; l. 1 C. de usufr. 3, 33.
12) l. 7 pr. h. t.
13) l. 1 § 4 D. h. t.
14) l. 13 § 1, D. de usufr. 7, 1.

hier die Klage aus der cautio von beſonderem Werth. Sie geht auf ſofortigen Erſatz, ohne daß erſt die Beendigung des Nießbrauchs abgewartet werden müßte[15]).

### d. Uebertragbarkeit.

### § 20.

Es iſt ſtreitig, ob der Nießbräucher das dingliche Recht des Nießbrauchs ſelbſt auf einen Dritten übertragen könne, oder nicht. Dernburg, Zeitſch. f. C. u. Pr. R. F. II. (1846) S. 53 ff. erklärt ſich für die Möglichkeit ſolcher Uebertragung. Arndts, Zeitſchr. f. C. u. Pr. R. F. VIII, 4, und Pand. § 179. not. 3. beſtreitet dieſelbe, indem er meint, daß der Nießbräucher nur die Ausübung ſeines Rechts einem Anderen einräumen könne[1]), — ſo zwar, daß nun dieſer Andere kraft des ihm übertragenen Rechtes befugt ſei, die dem Nutznießer zuſtehenden Klagen auch zu eigenem Vortheil gegen Dritte geltend zu machen[2]).

l. 12 § 2 D de usufr. 7, 1: usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti, atque ideo retineri (oder retinere) usumfructum, welche Arndts zunächſt für ſeine Meinung anführt, redet allerdings nur von einer Uebertragung der Ausübung, — rem fruendam alii concedere — welche das Recht ſelbſt beim Nießbräucher beläßt — retineri usumfructum. Da es in dieſer Stelle nur heißt, rem fruendam concedere, analog der l. 9 § 2 D. loc. cond. 19, 2, welche von dem Falle si fructuarius locaverit fundum redet, ſo könnte es zweifelhaft ſein, ob auch ein concedere, vendere usumfructum zuläſſig ſei, und dadurch eine Uebertragung des Rechts vermittelt werde.

Von einem vendere usumfructum handelt allerdings l. 8 § 2 D. de peric. et commodo rei venditae 18, 6: Quum usumfructum mihi vendis, interest, utrum jus utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum

15) l. 1 § 5 D. usufr. quemadm. caveat. 7, 8.

1) Unter Berufung auf l. 12 § 2, l. 38—40. l. 67 D. h. t. l. 29 D. quib. mod. usufr. amitt. 7, 4; l 8 § 2 D. de peric. 18, 6; l 9 § 1 D. loc. 19, 2; l. 66 D. de jure dot. 23, 3; l. 57 D. sol. matr. 24, 3.

2) Argum. l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1; l 21 D. de rei vind. 6, 1; cf. l. 29 § 2 D. quib. mod. usufr. amitt. 7, 4.

sit usumfructum mihi vendas; nam priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis; posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

Diese Stelle behandelt zwei verschiedene Fälle:

a. ein Nießbräucher verkauft seinen Ususfruct,

b. der Eigenthümer bestellt kaufweise einen Ususfruct.

Stirbt nun der verkaufende Nießbräucher, so erhält der Käufer nichts, da der Käufer nicht mehr Recht erwirbt, als der Verkäufer hat, und dessen Recht mit seinem Tode erlischt. Stirbt dagegen der verkaufende Eigenthümer, so hat das keinen Einfluß auf den Bestand des dinglichen Rechts, und des Eigenthümers Erben bleiben zur Gewährung des Nießbrauchs verpflichtet.

So erklärt — und eine andere Erklärung ist gewiß nicht die richtige — enthält diese Stelle kein Wort davon, ob der Verkäufer eines Nießbrauchs das Recht selbst, oder nur seine Ausübung verkaufen könne. Nur ein gänzliches Mißverstehen kann eine Beziehung auf diese Frage in die mitgetheilte Stelle legen.

Etwas bestimmter prägt sich das Verhältniß aus in l. 29 Dig. quib. mod. usufr. amitt. 7, 4, welche von locare und vendere usumfructum redet, so auch

§ 1 J. de usu et habit. II, 5: der Usuar nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere.

Aehnlich lauten auch l. 38—40 D. de usufr. 7, 1.

In allen diesen Stellen scheint die unterschiedslose Zusammenstellung von locare und vendere darauf zu deuten, daß auch hier unter ususfructus nicht sowohl das Recht, als vielmehr dessen Ausübung gemeint sei, da ja ein locare, welches das Recht selbst übertrüge, wohl nicht denkbar sein möchte. Diese Stellen und die darin gebrauchten Ausdrücke: usumfructum vendere etc. enthalten noch ein ganz besonderes Colorit durch die entscheidende l. 66 D. de jur. dot. 23, 3: Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis; et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum. Quidam ergo remedii loco recte

putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat numo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penus maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Hier kömmt es eben darauf an, der Frau die vollſtändige Rückgabe der dos zu ſichern und ihr deßhalb, wenn irgend möglich, das volle Recht des zur dos gegebenen Uſusfructs zu reſtituiren. Allein, ſagt Pomponius, das geht nicht, das Recht iſt nicht übertragbar, und ſo iſt man genöthigt, zu einem Auskunftsmittel zu greifen, das Recht beim Manne zu belaſſen und der Frau nur die Ausübung zu übertragen. l. 57 D. sol. matrim. 24, 3 drückt dieſes Verhältniß noch deutlicher aus: ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem.

Der Satz, daß das Recht ſelbſt nicht übertragen werden könne, ſteht klar genug in l. 15 D. famil. ercisc. 10, 3: nec (sc: ususfructus) enim a personis discedere sine interitu sui potest.

Als ein äußeres Zeichen ſolcher Unübertragbarkeit darf man wohl auch den auf die Rückgabe gerichteten Theil der Cautionsformel betrachten. Er lautet in l. 1 pr. D. usufr. quemadm. caveat 7, 9: quum ususfructus ad eum pertinere desinet restituturum, quod inde extabit. Danach würde denn der Eigenthümer von dem Augenblick an, wo der Uſufructuar ſelbſt nicht mehr das dingliche Recht des Nießbrauchs hat, die Rückgabe der Sache auf Grund der Caution erzwingen können.

Der Grund ferner, welchen man für die Uebertragbarkeit anführt, iſt nicht zutreffend. Man weiſt darauf hin, daß gewiſſe Stellen die Möglichkeit einer Verpfändung, mithin eines pfandweiſen Verkaufs des Nießbrauchs ſtatuiren. Es liege nun kein Grund vor, nur dieſe Art der Veräußerung des dinglichen Rechts zuzulaſſen, vielmehr gebiete die Conſequenz eine Ausdehnung auf jede Veräußerungsart.

Als Hauptſtelle für die Verpfändung des dinglichen Rechts ſelbſt wird angeführt l. 11 § 2 D. de pignor. 20, 1: Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus

pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit; nam et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.

Elvers S. 237 sagt hierzu: „Könnte nun der Usufructuar auch im spätern römischen Recht wirklich nur ein persönliches Forderungsrecht auf Ausübung der Servitut bestellen, so würde er durch solche Verpfändung auch nur diesen persönlichen Anspruch gegen sich selbst verpfänden, d. h. mit anderen Worten, die Verpfändung wäre ein bloßes Spiel, durch welches der Gläubiger nichts anderes erhielte, als was er schon hat, nämlich ein persönliches Recht an den Schuldner, dagegen aber keinen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem Erlöse der verpfändeten Sache, sondern als Innehaber einer Forderung würde er im Concurs nur mit den übrigen Gläubigern rangiren und auf dieselben Befriedigungsmittel angewiesen sein, wie diese."

Auch Dernburg meint, es könne doch unmöglich durch die für zulässig erklärte Verpfändung eines Usufructus nur ein Recht von rein persönlicher Beschränkung, ohne dingliche Wirkung gegeben sein sollen, denn mit einem solchen Rechte werde doch dem Creditor gar nichts gedient.

Auf eine solche Reflexion kömmt aber an sich und gegenüber den Worten der Stelle wenig an. Es heißt darin: wenn ein Usufruct verpfändet worden ist, so soll der Creditor gegen den Eigenthümer geschützt werden, aus demselben Grunde, welcher auch einen Verkauf des Usufructs gültig erscheinen läßt. Es soll also der Creditor insoweit dem Kläger gleichgestellt werden, d. h. auch er wird in der Ausübung des bei dem Schuldner verbleibenden Nießbrauchs geschützt.

Nun finde ich auch gar nicht, daß dem Creditor mit solchem Schutze wenig gedient sei. Dem Eigenthümer und jedem Dritten gegenüber hat der Gläubiger die Klagen des Nießbrauchers als utiles und dadurch genügende Hülfe. Allerdings wird dadurch nicht verhindert, daß der Usufruct auch noch an dritte Personen verkauft, verpfändet werde. Aber das schadet ja auch durchaus nichts. Denn der Schuldner kann nur verkaufen, was er selbst besitzt, also hier nur das Recht des Uusufruct mit der anhaftenden Verpfändung. Ein weiterer Pfandgläubiger aber steht nach Ordnung des Pfandrechts jenem älteren nach. Mithin verleiht das bestellte Recht auch nach dieser Seite hin ausreichenden Schutz. Man muß ferner bedenken, daß alle diese vorgebrachten Bedenken, wenn sie wirklich begründet wären,

auch die Verpfändung von Forderungen als unnütz erſcheinen laſſen müßten. Und doch wird dieſe letztere in unſeren Rechtsquellen beſprochen[3]) und, wie es ſcheint, nicht ſo, als wenn ſie „ein bloſes Spiel“ wäre. Ein ſolches kann auch nur derjenige in der Verpfändung der Ausübung des Uſusfructs finden, welcher dieſe Dinge ohne alles Verſtändniß betrachtet. Daß der Pfandgläubiger dadurch mehr erhält, als er hatte, und etwas anderes, als er hatte, beweiſen die angeführten Wirkungen, und dieſe allein würden die Verpfändung der Nießbrauchsausübung unter Umſtänden von Werth erſcheinen laſſen, auch wenn ſie keinen Vorzug im Concurſe gewährte. Einen ſolchen geben ſie aber allerdings, gleich der Verpfändung von Forderungsrechten. Es iſt wenigſtens kein Grund erſichtlich, weßhalb bei dieſen und weßhalb bei jenen eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß im Concurſe die Pfandgläubiger als ſolche die Gegenſtände ihres Pfandrechts als Befriedigungsmittel in Anſpruch nehmen, gemacht werden, alſo nicht auch hier der Pfandgläubiger die ihm pfandweiſe gegebene Befugniß zur Ausübung der Servitut behalten ſolle. Für das Pfandrecht iſt eben das karakteriſtiſch, daß ein beſtimmtes Vermögensſtück des Schuldners als Sicherheits- und eventuell Befriedigungsmittel dienen ſoll, und dieſen Karakter wird die Verpfändung der Servitutausübung auch im Concurſe des Pfandbeſtellers bewahren. Es iſt daher ein vollſtändiges Verkennen des richtigen Geſichtspunctes, wenn Elvers behauptet, daß der Pfandgläubiger nur mit den übrigen Gläubigern rangiren und auf dieſelben Befriedigungsmittel angewieſen ſein würde, wie dieſe. Ihm iſt ja eben durch die Verpfändung die Ausübung der Servitut, reſp. die Veräußerung dieſer Ausübung als Befriedigungsmittel angewieſen, und dieſe wird ihm als ſolches auch im Concurſe mit voller Wirkung dienen.

Alles das ſpricht alſo dafür, daß nicht das dingliche Recht ſelbſt, ſondern nur die Ausübung des Nießbrauchs auf einen Dritten übertragen werden könne.

Dagegen ſcheinen allerdings die eigenthümlichen Sätze zu ſprechen, welche Elvers S. 227 ff. aufſtellt: Sofern der Uſusfruct die Befugniß ertheile, alle Früchte und Nutzungen einer Sache zu ziehen, ſo liege die einzige Grenze deſſelben in dem Productionsvermögen der Sache, ſofern er aber eine beſtimmte Art oder einen

3) l. 4 C. de pign. act. 8, 17.

bestimmten Theil dieser Früchte und Nutzungen überweise, sei er nach einem ein für alle Mal festgestellten äußeren Maßstabe zu bemessen. Es liege daher das, was den Umfang der Befugniß bestimmt, immer „außerhalb der Person des Servitutberechtigten", und deßhalb könne dieser Umfang dadurch allein nicht verändert werden, daß ein Wechsel in der Person des Berechtigten vor sich geht. Daraus folge, daß es dem Eigenthümer der belasteten Sache gleichgültig sein könne, wer die Servitut übe, indem ihm ja der ganze Ertrag oder das bestimmte Maß immer in gleicher Weise entzogen werde. Von diesem Resultat kömmt Elvers mit einem ungeheueren Sprunge weiter dahin: es hätten „bei den dem Ususfruct nachgebildeten Personalservituten, die nicht die ganze Nutzung, sondern nur einzelne Befugnisse umfassen, die Constituenten dadurch, daß sie dieselben dem Ususfruct und nicht dem Usus ähnlich machten" (welcher Ausdruck! kann man auch einen Fruchtbezug dem Usus ähnlich machen, oder umgekehrt eine Nutzungsart dem Nießbrauch?) „anerkannt, daß nicht durch die Persönlichkeit des ersten Erwerbers der Karakter derselben bestimmt werden solle, sondern sie, ohne daß sie dadurch eine andere werde, auch von dritten ausgeübt werden dürfe".

Wenn schon diese Gründe auf den ersten Blick etwas Richtiges zu haben scheinen, so weisen sie sich doch bei näherer Betrachtung als leere Phrasen aus. Einmal vermischen diese Sätze Wahres und Unwahres mit einander. Der Umfang der Befugnisse bestimmt sich niemals nach dem Object, welches davon ergriffen wird, sondern immer nach dem inneren Wesen des Rechts und nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, welches dieses Recht begründet. Auf den Nießbrauch angewandt, sind diese Sätze dahin zu specialisiren, daß sein juristisches Wesen die Qualität der Befugnisse bestimmt, dieselben auf das uti und das frui fixirt, und daß Gesetz resp. der Wille der Parteien für das Quantum der Befugnisse — ob die gesammte Nutzung oder Fruchtnießung oder nur ein Theil derselben zustehen soll — maßgebend sind. Nach der Beschaffenheit des Objects richtet sich nur der Werth der Befugnisse, das Quantum der Sachwerthstücke, welche dem Berechtigten durch diese Befugnisse zugeführt werden.

Die Elvers'sche Motivirung krankt aber nicht allein an diesem Fehler, sondern übersieht auch den richtigen Gesichtspunct dieser Frage.

Das Wesen des Ususfruct besteht eben darin, daß er einer Person für deren Lebensdauer und zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gegeben ist. Die hierdurch gesetzte Grenze erkennt auch Elvers inso-

fern an, als er, indem er die Uebertragbarkeit statuirt, doch auch das übertragene Recht mit dem Tode des ursprünglichen Erwerbers aufhören lassen will; er hätte hinzufügen können, daß solchenfalls nach altem Recht auch die capitis deminutio des ersten Nießbrauchers auch dem neuen Erwerber sein Recht nehmen mußte. Es ist aber unverständlich, wie sich das zusammenreimen läßt. Denn die Beendigungsarten eines Rechts, seine Uebertragbarkeit vorausgesetzt, richten sich nach der Person dessen, der das Recht hat, nicht nach der Person eines Dritten. Nun kann man zwar, soweit es sich um den Verlust durch natürlichen Tod handelt, möglicherweise damit helfen, daß man den Tod als einen Endtermin auffaßt und das Recht nach bekannter Regel mit diesem Endtermin untergehen läßt. Allein das würde doch nicht richtig sein, denn die gesetzliche Beendigung der Rechte, wie eine solche bei Personalservituten durch den Tod bezeichnet wird, ist kein dies im civilrechtlichen Sinne. Noch weniger ist natürlich ein solcher beim Verlust durch capitis deminutio zu construiren. Diese ganze Annahme ruht daher auf keiner richtigen Unterlage. — Wenn übrigens das Recht nur mit der Beschränkung auf die Lebensdauer und, nach altem Recht, mit Gefahr des Verlusts durch c. d. des ersten Erwerbers übergehen könnte und überginge, so wäre damit auch nicht mehr gewonnen, als durch die Annahme, daß nur die Ausübung des Rechts übertragen werden könne.

Es wurde schon betont, daß der Nießbrauch ein höchst persönliches Recht ist, und daß er seiner Natur nach ein solches Recht sein muß, welches gerade nur dieser, dem Eigenthümer beliebenden, Person zustehen soll. Die umfassende Natur des Nießbrauchs, das Weitgehende der dem Nießbräucher eingeräumten Befugnisse setzen den Eigenthümer immerhin der Gefahr eines Substanzverlusts aus, gegen welche er eine Garantie nur in der Persönlichkeit des Nießbräuchers hat. Würde die Fixirung auf diese Person verwischt und die beliebige Weitergabe an irgend einen Dritten freigegeben, so fiele damit auch jene moralische Garantie, und das Recht des Eigenthümers wäre mehr oder weniger dem Belieben und dem Zufall anheimgefallen. Clauseln, auch die weitverzweigtesten, helfen da nicht, denn viele Partieen des Nießbrauchs entziehen sich jeder Controle; auch ist nicht Jeder in der Lage Controle zu üben. Die Fixirung auf die Person dürfte also immerhin als wesentlich gelten. Ich möchte daher auch nicht den Arndts'schen Satz angemessen finden, den er für ein heutiges Gesetzbuch vorschlägt: „Der Nutznießer kann sein Recht

in demſelben Umfange und unter denſelben Beſchränkungen, wie es ihm zuſteht, unbeſchadet ſeiner Verbindlichkeit gegen den Eigenthümer einem Anderen übertragen.“ Es kann eben dem Eigenthümer nicht gleichgültig ſein, ob ihm ſtatt eines Nießbrauchers, von dem er ſich einer Bewirthſchaftung als bonus pater familias verſieht, irgend ein beliebiger Dritter in ſein Grundſtück zum Schaden deſſelben geſetzt wird.

## § 21.

Am Schluß dieſer Erörterung über die Uebertragbarkeit des Uſusfruct haben wir eine hiſtoriſche Notiz über eine Streitfrage zu geben.

Man hat nämlich anknüpfend an gewiſſe Stellen der Juſtinianiſchen Rechtsbücher geſtritten, ob dem Uſufructuar, welcher ſein dingliches Recht cedire oder ſonſt veräußere, dieſes Recht erhalten bleibe, oder ob es ihm durch ſolchen geſetzlich nicht gebilligten Act nicht vielmehr ganz verloren gehe — Weesenbech, Commentar. ad Pand. lib. VII. tit. IV. no. 5 — eine Frage, welche Viele zu Ungunſten des Uſufructuars entſchieden. Vinnius comment. ad h. t. Dernburg l. c.

Sintenis giebt in ſeiner deutſchen Ueberſetzung des Corpus juris eine Anmerkung zu § 3 I. de usufr. 2, 4 und nimmt darin an, daß das ältere Recht, wie es von Paulus l. 15. D. famil. ercisc. 10, 2 und von Pomponius l. 66 D. de jure dot. 23, 3 bezeugt werde, die ſtrengere Anſicht gehabt habe, während dieſelbe in dem neueren Recht aufgegeben ſei. Indeſſen ſcheinen mir doch dieſe Stellen nicht ganz das zu beweiſen, was Sintenis darin findet.

Wenn in l. 15 cit. ſteht: nec enim a personis discedere sine interitu sui potest, ſo beſagt das nur: *wenn* der Uſusfruct dem Nießbräucher verloren geht, ſo geht er auch unter. Damit gewinnt man aber nichts für unſere Frage: *ob* in dem beſprochenen Falle der Uſusfruct dem Nießbräucher verloren gehe.

l. 66 cit. aber, die wir ſchon oben gelegentlich anführten, ſagt allerdings: si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum, ſcheint aber, wie ſchon anderwärts bemerkt wurde, zweifelhaft zu laſſen, ob nur die in jure cessio des Uſusfruct, oder jede andere Veräußerung deſſelben ſeine Beendigung zur Folge habe. Und hieraus gelangte man zu der Behauptung,

daß auch nach altem Recht nur die in jure cessio des Uſusfruct denſelben für den Nießbräucher verloren mache.

Dernburg l. c. erklärt den ſo gefaßten Satz des älteren Rechtes folgendermaßen: Die in jure cessio habe zwei Wirkungen: die negative, das Recht des Cedenten zu zerſtören, und eine poſitive, indem ſie das Recht des Erwerbers ſo darſtellt, als wäre es immer ſo, wie es iſt, geweſen. Für den Nießbrauch nun „führte die Unterſtellung, der bisherige Uſufructuar hätte nie den Uſusfruct gehabt, nothwendig auch dazu, daß der neue Erwerber nichts erwerben konnte, indem er ja den Uſusfruct erwerben mußte, den der bisherige gehabt hat nnd keinen anderen.“ Die in jure cessio hätte daher nur die Folge gehabt, daß der Uſusfruct zum Eigenthümer zurückkehrt, weil der Nießbräucher erklärt, er habe nie den Uſusfruct gehabt.

Ich laſſe dahingeſtellt, ob man dieſer Auffaſſung mit Arndts, Zeitſchr. f. C. u. Pr. R. F. VIII. S. 88 ff. entgegenhalten darf, daß die in jure cessio nur unter den Parteien wirke, analog der res judicata, daher ſich der Eigenthümer nicht darauf berufen könne. Im Ganzen kommt aber nicht viel darauf an, ob die alten Schriftſteller ihre Zweifel aus dieſer beſtrittenen Wirkung der in jure cessio hergenommen haben, oder aus irgend einem anderen Grunde.

Gewiß iſt, daß Pomponius der Anſicht war, daß die i. j. c. den Uſusfruct zerſtört, dem Eigenthümer die betreffende Befugniß zurückgiebt.

Gajus II. § 30 erklärt die in jure cessio des Uſusfruct an einen extraneus nur für unwirkſam, und ſagt: alii (als dem Eigenthümer) vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi, und dieſer Satz iſt denn auch in § 3 J. de usufr. 2, 4 übergegangen, wo er lautet: si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agit. Damit ſtimmt auch die Paraphraſe des Theophilus: *ἐζωτικῷ γὰρ παραχωρῶν οὐδέν πράττει, ἀλλὰ ἀνερχητός ἐστιν ἡ παραχώρησις.*

Die in jure cessio des Uſusfruct an einen Anderen als den Eigenthümer war alſo wirkungslos.

Es verſteht ſich, daß dieſer Satz eben nur einen hiſtoriſchen Werth hat, da die beſondere Form der in jure cessio ihre Bedeutung verloren hat.

Daher werden denn heutzutage ausnahmslos dieſe beiden Sätze

gelten: das dingliche Recht des Ususfruct selbst kann nicht übertragen werden (die Heimgabe an den Eigenthümer ist keine Uebertragung des Ususfructs, sondern ein Verzicht auf denselben zu Gunsten des Eigenthümers); dagegen kann die Befugniß zur Ausübung des Rechts durch jedes sonst hierzu geeignete Rechtsgeschäft auf einen Dritten übergehen.

### e. Theilbarkeit des Ususfruct.

### § 22.

Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht[1]) und zwar nicht nur in dem Sinne, daß er in seine beiden Bestandtheile, das uti und das frui zerlegt werden kann[2]) was gar keine eigentliche Theilung des Ususfructs, sondern die Constituirung eines neuen Ususfruct und eines Usus ist, sondern auch dergestalt, daß jeder Theil jene zwei Momente, uti und frui, qualitativ aufweist, jedoch quantitativ verkleinert.

Die neueren Juristen pflegen gewöhnlich folgende Fälle einer zulässigen Theilung des Nießbrauchs aufzuführen:

1. Es kann ein Ususfruct Mehreren an derselben Sache gemeinschaftlich ungetheilt (pro partibus indivisis) zustehen[3]).

2. Der Ususfruct wird von dem Eigenthümer der ganzen Sache für einen ideellen Theil derselben bestellt[4]), oder

3. von einem Miteigenthümer für seinen Antheil oder einen ideellen Theil dieses Antheils[5]).

4. Ein bestehender Nießbrauch kann zu einem ideellen Antheile untergehen[6]).

5. Der Innehaber eines Ususfructs kann die ideellen Theile desselben auf Andere übertragen. Man weiß für diesen Satz zwar keine Quellenzeugnisse anzugeben, glaubt ihn aber aus der Consequenz der quellenmäßig belegten Sätze ableiten zu können.

Diese Fälle werden, wie gesagt, gewöhnlich als die Fälle einer

---

1) l. 1 § 9. l. 81 pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2; l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4; l. 5 D. de usufr. 7, 1; l. 5 § 2 D. si ususfr. pet. 7, 6; l. 19 D. de usu 7, 8.

2) l. 13 § 3 D. 46, 4.

3) l. 7 § 7, 10. D. comm. div. 10, 3.

4) l. 5 § 50 D. de usufr. 7, 1; tit. D. de usufr. accresc. 7, 2; l. 1 § 9, l. 82 D. de stipul. serv. 45, 3.

5) l. 49 D. de usufr. 7, 1.

6) l. 14 D. quib. mod. usufr. 7, 4; l. 13 § 1 D. 46, 4.

zuläſſigen Theilung des Nießbrauchs angeführt, ſo z. B. von Elvers § 55 und Arndts, Pand. § 178.

Eine nähere Betrachtung dieſer Fälle, zu welcher wir nun übergehen, dürfte ergeben, daß ſie nicht alle eine wirkliche Theilung des Uſusfruct enthalten.

Der Fall unter 5 ſetzt voraus, daß das dingliche Recht ſelbſt übertragen werden könne; dieß iſt aber, wie im vorigen Paragraphen gezeigt wurde, nicht möglich, daher ſcheidet dieſer Fall vor Allem aus.

Die Fälle unter 2 und 3 betreffen zwar eine Theilung, aber nicht eine Theilung des Uſusfructs, ſondern der Sache; wir haben da eben einen oder mehrere ganze Uſusfructe an ideellen Theilen der Sache. Dieſe beiden Fälle ſcheiden alſo gleichfalls aus.

Der Fall unter 4 iſt ein ächter Fall der Theilbarkeit und Theilung des Uſusfruct.

Der Fall unter 1 iſt es auch, und er iſt der Hauptfall, wobei nur noch auf Folgendes aufmerkſam zu machen iſt. Wenn Zweien oder Mehreren der Uſusfruct an derſelben Sache beſtellt wird, ſo iſt damit nicht immer eine Theilung des Rechts gegeben; vielmehr kann dieſe Beſtellung auch ſo gemeint ſein, daß keine rechtliche communio unter den Nießbräuchern ſtattfindet, ſondern nur eine thatſächliche, inſofern Jedem ein beſonderer und ganzer Uſusfruct, aber an ideellen Theilen derſelben Sache zuſteht[7]). Nur wenn Mehrere den Uſusfruct gemeinſchaftlich haben, ſo daß eine Gemeinſamkeit des Rechts, eine communio juris unter ihnen beſteht, dann haben wir den eigentlichen unter Ziffer 1 aufgeführten Fall.

Wir haben alſo nur folgende Fälle der Theilbarkeit:

1. Ein Uſusfruct wird Mehreren gemeinſchaftlich beſtellt, bezüglich auf andere Weiſe gemeinſchaftlich von ihnen erworben.

2. Ein beſtehender Uſusfruct geht zu einem ideellen Theile verloren. Es iſt der Fall gemeint, wo ein ungetheilt beſtehender Uſusfruct theilweiſe verloren geht, z. B. indem der Uſufructuar auf einen Theil ſeines Rechts ſchlechthin oder ausdrücklich zu Gunſten des Eigenthümers verzichtet.

Nachdem die Fälle der Theilung des Uſusfructs conſtatirt ſind, iſt nur noch der Grund der Theilbarkeit zu erörtern, und da müſſen wir zugleich die übrigen Arten der Servituten mit hinzunehmen.

---

7) l. 32 D. de stipul. serv. 45, 3.

Der Usus ist untheilbar[8]; die Realservituten sind es gleichfalls, sie können weder theilweise erworben, noch verloren werden[9].

Albericus in der Glosse führt die Theilbarkeit des Nießbrauchs auf die Theilbarkeit des Eigenthums zurück; die übrigen Servituten seien mehr facti als juris, was facti aber, das sei untheilbar.

Cäpolla cap. X deducirt so: Der Ususfruct bestehe in dem Fruchtbezug; wenn nur ein Theil der Früchte gezogen werde, so sei der Werth der einzelnen Früchte nicht geringer, als bei der ganzen Fruchtnutzung: eine Theilung derselben sei also ohne Werthsverminderung möglich. Die übrigen Servituten bestünden in commodo necessitatis, das Bedürfniß aber sei untheilbar, weil man non potest pro parte vivere pro parte mori. — Es unterliegt keiner Schwierigkeit, einzusehen, daß diese Erklärung ganz indifferente Gesichtspuncte einmischt und eben deßhalb das Richtige vollständig verfehlt.

Vicat, vocabularium s. v. individuum erklärt für untheilbar: si factum, de quo cautum, individuum sit, veluti iter fieri, id est, si in partes dividi non possit, sagt damit, daß es auf die Natur der Befugniß ankömmt, giebt aber diesen richtigen Gesichtspunct wieder auf mit seiner Bemerkung s. v. indivisum: si res vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno divisio earum fieri non potest. Diese Erklärung schließt sich theilweise an die des Cäpolla an und ist eben so falsch wie diese.

Wächter, Archiv f. d. c. Praxis Bd. 27 S. 186 ff., führt als Grund der Theilbarkeit des Nießbrauchs und der Untheilbarkeit des Usus und der Realservituten Folgendes an: „die (unmittelbaren) Sachenrechte sind theilbar, sofern ihrer Natur nach bei Theilung des Objects am getheilten Objecte, sei es am ideell oder reell getheilten, das Recht für sich bestehen und seinen inneren Bestandtheilen nach ungemindert ausgeübt werden kann. Aus diesem Grunde ist das Eigenthum, das emphyteutische und superficiarische Recht und ist der Nießbrauch theilbar. Aus demselben Grunde sind die Prädialservituten in den meisten Beziehungen nicht theilbar."

---

8) l. 19 D. de usu et habit. VII, 8: usus pars legari non potest.

9) l. 11 D. de S.; l. 17 eod.; l. 6 § 1 D. comm. praed. l. 3 D. de S. leg. l. 18 de S. P. R. l. 8 § 1 D. quemadm. s. amitt. Wenn Corasius S. 202. 216 sagt: die Realservituten könnten per partes retineri, so ist das schon richtig, aber nicht per partes des Rechts, sondern der Sache, und das ist also keine Theilung des Rechts, sondern der Sache, welche den Gegenstand des Nießbrauchs bildet.

Schwerlich dürfte dieſe Erklärung befriedigen. Die Untheilbarkeit des Rechts aus der Untheilbarkeit des Objects zu erklären, ſcheint an ſich ſchon logiſch nicht richtig zu ſein. Die Erklärung iſt aber auch inſofern unrichtig, als die perſönlichen und die Realſervituten doch vielfach völlig gleiche Objecte haben, daher es nicht recht abzuſehen iſt, wie unter ihnen ein aus der Natur des Objects abgeleiteter Unterſchied beſtehen ſolle.

Die Untheilbarkeit eines Rechts iſt immer aus der Natur desſelben zu erklären, und ſo iſt es auch die Theilbarkeit des Nießbrauchs und die Untheilbarkeit der übrigen Servituten.

Den Inhalt des Uſus und der meiſten Realſervituten [10]), bilden einzelne Handlungen, die ihrer Natur nach keiner Theilung fähig ſind. Eine Theilung der Befugniſſe nach Quantität, Zeit ꝛc. wäre keine Theilung des Rechts, ſondern, ſofern ſie von Anfang an und bei Beſtellung des Rechts geſchieht, eine Beſtellung mehrerer ſelbſtſtändiger Servituten, andernfalls aber nur eine Theilung der Ausübung.

Der Uſusfruct, ſoweit er den Uſus der Sache in ſich begreift, iſt gleichfalls keiner Theilung fähig. Soweit er aber den Fruchtgenuß betrifft, unterliegt er der Theilung; er beſteht hier eben nicht in einer Handlung, welche untheilbar iſt, ſondern in der Gewinnung, dem Bezuge von Früchten und iſt als ſolcher theilbar.

Dieſer Grund iſt ſo einfach, daß man gar keiner weiteren gelehrten Zuthaten bedarf, am allerwenigſten aber ſolcher Künſteleien, wie ſie Elvers S. 544. 545 vorſetzt. Die Quellen geben dieſen Grund auch eben ſo einfach:

Pomponii fragm.: Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus (d. h. der usus der ihren Inhalt bildet) ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat.

l. 19 D. de usu et hab. 7, 8: usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus (wir können einen Theil der Früchte beziehen, eine gewiſſe Claſſe derſelben), uti pro parte (theilweiſe gebrauchen, alſo theilweiſe handeln) non possumus.

---

Die Wirkungen eines getheilten Nießbrauchs bezüglich des Umfangs der Befugniſſe ſtellen ſich analog dem Verhältniß mehrerer Eigenthümer, welchem das Verhältniß mehrerer Nießbräucher eben

10) Von dieſen wird ſpäter gehandelt werden.

thatsächlich gleich ist. Hier wie da sind die Befugnisse des einen Miteigenthümers, bezüglich Mitusufructuars beschränkt durch die Befugnisse der anderen Mitberechtigten. Die Grenze, welche hierdurch dem Rechte des Einzelnen gezogen wird, läßt sich nicht in thesi, sondern nur nach den Umständen des concreten Falles bestimmen, und es empfiehlt sich in allen Fällen, dieselbe gleich bei Bestellung solchen Rechts durch eine Stipulation zu regeln[11]).

Es giebt auch eine Klage auf Auseinandersetzung unter den mehreren Nießbräuchern. Elvers bezeichnet dieselbe unter Berufung auf die Quellen als utile oder quasi communi dividundo judicium, vermischt dabei aber auch hier wieder die oben geschiedenen Fälle der Theilung.

Die einschlagenden Stellen reden sämmtlich nur von den oben unter 2 und 3 aufgeführten Fällen, nicht auch von den übrigen; sie setzen voraus, daß ein Nießbrauch von Anfang an zu Antheilen bestellt ist, dergestalt also, daß mehrere ganze Usufructe an derselben ideell getheilten Sache bestehen. Wo dieses aber zutrifft, da existirt eben, wie Sabinus in l. 32 D. de stipul. serv. 45, 3 mit Recht bemerkt, keine communio juris unter ihnen wie beim Miteigenthum, bei welchem ursprünglich die Klage stattfindet, daher denn auch das communi dividundo judicium auf sie keine Anwendung findet. Aber da sie am gemeinschaftlichen Objecte Rechte haben, so besteht eine thatsächliche Gemeinschaft, und mit Rücksicht auf diese thatsächliche Gemeinschaft lassen Paulus und Julianus ein utile oder quasi c. d. jud. zu, analog demjenigen, welches aus der gleichfalls nur thatsächlichen Gemeinschaft mehrerer Pfandgläubiger an derselben Sache entspringt[12]).

Anders gestaltet sich das Verhältniß bei den ächten Fällen einer Theilung des Nießbrauchs. Bei diesen findet eine wirkliche communio juris statt und bei diesen nimmt Ulpian mit Recht ein wirkliches c. d. j. an. Die betreffende Stelle lautet:

l. 23 D. comm. div. 10, 3: Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio, an vero communi dividundo. Eadem quaestio est, et si socius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et effecit, ut futuri anni fructus quos socium per-

11) l. 13 § 3 D. de usufr. 7, 1.

12) l. 13 § 3 de usufr. 7, 1; l. 7 § 7, § 12 comm. div. 10, 3; l. 4 de aqu. quot. 43, 20. l. 7 § 6 D. 10, 3.

cipere oportuit, corrumperentur. Et puto magis communi dividundo judicium, quam ex conducto locum habere; quae enim locatio est, quum merces non intercesserit? aut certe actionem incerti civilem reddendam.

Wenn alſo die mehreren Nießbräucher socii ſind, ſo findet unter ihnen das ächte communi dividundo judicium, nicht ein analoges Rechtsmittel, ein quasi c. d. j. ſtatt. — Der Schluß der Stelle iſt ſo zu verſtehen: haben unter den mehreren Nießbräuchern beſondere Stipulationen, welche ihre Befugniſſe regeln, ſtattgefunden, ſo entſteht aus dieſen nebenher eine actio incerti civilis und dies gilt von allen oben angeführten ächten und unächten Theilungsfällen [13]).

### 3. Quaſiuſusfructus.

### § 23.

Das Karakteriſtiſche des Nießbrauchs beſteht in dem fructus, dem Recht, durch Beſitzerwerb Eigenthum an gewiſſen Theilen der Sache zu gewinnen, an Theilen allerdings, die für den Beſtand der Hauptſache nicht weſentlich ſind, deren Wegnahme alſo auch dieſen Beſtand, die Subſtanz der fruchttragenden Sache nicht angreift.

Wenn hiernächſt eine Verringerung der Subſtanz nicht Inhalt und Zweck eines Servitutrechts ſeinem Begriffe nach ſein konnte, ſo liegt es doch in der Natur der Dinge, daß die Nutzung aller Sachen zugleich eine Abnutzung derſelben, eine bald bedeutendere, bald geringere Abminderung ihres Stoffes herbeiführt. Von dieſer Erwägung aus mochte es wohl weniger auffallend erſcheinen, wenn man eine Servitut an Sachen, deren Nutzung vorzugsweiſe oder allein in ihrer Abnutzung beſteht, zuließ. Damit hatte man freilich das Gebiet der Servituten vollſtändig verlaſſen, indem man direct und als Zweck der Servitut die Befugniß zur Sachverzehrung ſtatuirte. Denn eine ſolche Art des Sachgebrauchs iſt nicht mehr ein uti und nicht mehr ein frui salva rerum substantia, ſondern es iſt die Befugniß, den weiteren Inhalt totaler Sachbeherrſchung: die Sachverzehrung zu üben. Wie die Ausübung des Fruchtbezugs dort einen Theil der Sache (pars rei) in das Eigenthum des Nutznießers bringt (zur propria deſſelben macht), ſo wird hier die ganze fremde Sache expropriirt.

13) Ueber die möglichen Arten der Theilung vergleiche: l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3.

Hierauf beruht das römische Institut des s. g. Quasiususfructus, des ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur [1]).

Dieses Rechtsinstitut ist ein durch das positive Recht gemachtes, erfundenes. Man irrt gewiß nicht, wenn man seinen Ursprung darauf zurückführt, daß der Ususfruct öfters letztwillig am ganzen Vermögen des Verstorbenen, mithin auch an den darunter befindlichen Sachen, quae usu consumuntur vel minuuntur bestellt wurde. Die Zulässigkeit eines Ususfructs an solchen Sachen mußte nach der Strenge des Rechts natürlich verneint werden. Um aber doch dem Willen der Testatoren Rechnung zu tragen und ihre Dispositionen aufrecht zu erhalten, verordnete der Senat [2]), daß das an solchen Sachen bestellte Nießbrauchsrecht nach Analogie des ächten Ususfruct behandelt werden sollte. Diese Analogie bewirkt wie beim Ususfructus eine Verpflichtung zur Rückgewähr, jedoch nicht derselben Sache, sondern gleicher Qualität und Quantität nach Beendigung des Rechts; diese letztere tritt wie dort durch Tod und capitis deminutio des Berechtigten, durch Sachuntergang ꝛc. ein; die Erfüllung dieser Verpflichtungen wird hier wie dort durch eine vom Nießbräucher zu bestellende Caution gesichert. Auf die angedeutete Weise entsteht ein Verhältniß, welches äußerlich einem wirklichen Ususfructus völlig gleicht, innerlich freilich wesentlich anders construirt ist. Dieß verkennt die Glosse (Fran. de Are.,) zu § 2 J. II, 5: securitas cautionis apprehendendae loco proprietatis remanebit .... cautio loco proprietatis erit apud heredem, indem sie sich bemüht zu zeigen, daß dieser Uebereinstimmung der äußeren Wirkungen auch eine gewisse innere Conformität entspreche; diese Uebereinstimmung soll nämlich nach der Glosse darin bestehen, daß beim Ususfruct wie beim Quasiususfruct dem Eigenthümer ein

1) Es ist nicht ohne Interesse, die Bemerkung des Galvanus über den Quasiususfruct zu lesen; er sagt S. 22: E contrario quasi ususfr. non est pars aut species ususfructus, sed dominii; nam per eum proprietas plena a domino veteri abit in quasi fructuarium... Ex quo etiam manat, hunc quasi usumfructum alienationis esse speciem.

2) l. 1 D. de usufr. ear. rer. 7, 5: Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari.

Ueber das Alter dieses Senatusconsults vergl. Puchta im Rhein. Mus. III. S. 82 ff.; doch ist die Richtigkeit der daselbst gegebenen Ausführung nicht außer Zweifel. Das Alter ist aber bis jetzt nicht zu ermitteln gewesen.

feſter Kern, dort das Eigenthum ſelbſt, hier ein Surrogat deſſelben, ein durch Caution geſichertes Recht auf eine Sache von gleicher Qualität und Quantität verbleibe. Ueberſetzt man dieſe etwas künſtliche Conſtruction in eine practiſchere Redeweiſe, ſo wird ſich zeigen, daß das, was die Gloſſe ein rechtlich Gleiches nennt, nichts weiter iſt, als das, was ſoeben als das thatſächlich Gleiche beider Rechtsinſtitute bezeichnet wurde. Auch hier nämlich ſoll der Nießbräucher keine ſpecifiſche Vermögensvermehrung durch Uebereignung der Sache erhalten, und es ſoll der Eigenthümer keine Vermögensminderung erfahren, da ja der Sachwerth bei ihm verbleibt. Nationalöconomiſch ſtehen ſich beide Fälle vollſtändig gleich, inſofern hier wie dort der Sachwerth im bisherigen Vermögen verbleibt und nur die Nutzung in eine andere Hand übergeht.

Juriſtiſch betrachtet, geſtaltet ſich die Sache aber weſentlich anders. Beim ächten Uſusfruct bleibt das Eigenthum unverletzt, der Quaſiuſusfruct aber enthält eine Expropriation der Sache. Sollte daher die Gleichſtellung beider Fälle in ihren Wirkungen ermöglicht werden, ſo mußte zu einem „remedium“ gegriffen werden, wie es der römiſche Senat auch wirklich durch die Einführung der cautio und die dadurch vermittelte Sicherung der Rückgewähr der Sache geſchaffen hat.

Die juriſtiſche Natur beider Fälle blieb dadurch unberührt und unverändert, und es erfolgte nur eine Gleichſtellung der Wirkungen, ſo daß der Quaſiuſusfruct nicht zu einem Uſusfruct gemacht, ſondern nur nach Analogie deſſelben behandelt wird.

Man kann dieſe Geſichtspuncte und die Stellung des Quaſiuſusfruct nicht deutlicher ausdrücken, als es die l. 2 § 1 D. de usufr. ear. rer, 7, 5 thut: quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit, sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi (wie ein Uſusfruct behandelt zu werden).

Man hat nun geglaubt, ſich nicht mit der Bemerkung begnügen zu dürfen, daß der ſ. g. Quaſiuſusfruct ein Verhältniß ſei, welches nach Analogie des Uſusfruct behandelt und durch jenes remedium demſelben äußerlich gleichgeſtellt werde; man hat ſich vielmehr bemüht, die ſyſtematiſche Stellung dieſes Verhältniſſes genauer zu ergründen. So namentlich Elvers, S. 578. Dieſer legt dabei beſonderes Gewicht auf die Verpflichtung des Nießbräuchers, nach be-

endigtem Recht gleiche Qualität und Quantität zu restituiren. Diese Verpflichtung entspringt aus einer Stipulation — l. 1 D. 7, 9; l. 7 § 1 cit. — sie wird mit einer condictio verfolgt und ist unzweifelhaft obligatorisch, nicht dinglich. Diese Erwägung macht nun Elvers (und seinen Nachbeter, Heimbach, Rechtslex. XI. S. 941) geneigt, dem Quasiususfruct seinen Platz im Obligationenrecht anzuweisen. Allein diese Auffassung beruht auf einer Vermischung von Wesentlichem und Beiwerk. Auch den ächten Ususfruct begleiten obligatorische Verhältnisse, fixirt in der cautio usufructuaria, welche die Art der Nutzung regelt, welche die Rückgabe der Sache nach beendigtem Nießbrauch stipulirt, und welche dem Eigenthümer eine persönliche Klage gegen den Nießbräucher und dessen Successoren verleiht. Mit demselben Rechte könnte man also auch den ächten Ususfruct in das Obligationenrecht verweisen. Allein obligatorische Beimischungen ändern die Natur eines Rechtes nicht, und deßhalb wird das dingliche Recht des ächten Nießbrauchs trotz dieser Zuthaten seinen Platz im Sachenrecht behalten. Auch für den Quasiususfruct erscheinen diese obligatorischen Zuthaten nur als Nebensache; sie sind ja nur Mittel zum Zweck und nur bestimmt, dieses Verhältniß dem Ususfruct äußerlich gleichzustellen und so zu vermitteln, daß der Quasiususfruct gleich dem ächten, d. h. als eine Servitut mit dinglicher Wirkung behandelt werden könne. Schon dieser beabsichtigten und erreichten Gleichstellung wegen, muß seine Zusammengehörigkeit mit dem ächten Nießbrauch angenommen werden. Wenn schon ferner durch den Quasiususfruct kein ächter Ususfruct und keine ächte Servitut entsteht, so verleiht er ja doch auch direct ein wirkliches dingliches Recht, nämlich das Eigenthum an den betreffenden Sachen. Dieß ist zwar bei einem (blos obligatorischen) Darlehnsvertrag auch der Fall, allein hier ist der Zweck des Vertrags nicht Begründung des Eigenthums, vielmehr Begründung des durch Hingabe und Verpflichtung zur Rückgabe entstehenden Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner. Die Verschiedenheit beider Verhältnisse zeigt sich auch augenscheinlich genug in den verschiedenen Arten ihrer Entstehung. Der Quasiususfruct nämlich entsteht auch durch letztwillige Bestellung, ja von Einigen wird dies für die einzig mögliche Art seiner Bestellung gehalten. Nun kann aber doch bekanntlich eine Obligation solcher Art nicht durch letztwillige Bestellung entstehen. Es ist vielmehr das dingliche Recht, welches durch solchen Act constituirt werden soll, und eben das vin-

dicirt auch dem Quaſiuſusfruct ſeinen Platz im Sachenrecht, neben dem ächten Nießbrauch, nach deſſen Analogie er ſich richtet.

Der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ſteht in Bezug auf Entſtehung, Endigung und Caution dem ächten Uſusfructus völlig gleich[3]).

Der Gegenſtand deſſelben geht aber abweichend von dem ächten Nießbrauch in das Vermögen des Berechtigten über, der durch die cautio die Verpflichtung übernimmt, nach beendigtem Uſusfruct gleiche Qualität und Quantität, bezüglich den Werth derſelben in Geld zu reſtituiren, und welcher durch eine condictio zur Erfüllung dieſer Verpflichtungen angehalten werden kann[4]).

Dieſer Unterſchied des Nießbrauchs und des Quaſiuſusfructs erweiſt ſich practiſch in der Frage, wer den Zufall zu tragen hat. Beim ächten Uſusfruct nämlich hat der Eigenthümer, beim Quaſiuſusfruct der Nießbräucher die Gefahr des Zufalls zu tragen, weil die Sache in ſein Vermögen übergegangen iſt.

## § 24.

Im concreten Falle kann es mit Rückſicht auf die Natur des Objects zweifelhaft ſein, ob ein vermachter Nießbrauch als ächter oder als Quaſiuſusfruct behandelt werden müſſe.

So ſtritten ſich ſchon die alten Römer, zu welcher Claſſe der Nießbrauch an Gewändern und ähnlichen Dingen gehöre, ſcheinen aber ſchließlich die gewiß richtige Antwort adoptirt zu haben, daß hierüber lediglich die beſonderen Umſtände des Falles entſcheiden müſſen[1]).

Weit größere Bedeutung nimmt die Frage in Anſpruch, als was der ususfructus nominum, der Nießbrauch an Schuldforderungen angeſehen werden müſſe, und hierin hat man bis heutzutage noch nicht zu einem ſicheren Princip gelangen können.

Lauterbach, colleg. theor. pract. Pand. tit. de usufr. ear. rer. § 6 und

Thibaut, Erörterungen bei Braun II, S. 534

ſehen den u. n. für einen eigentlichen Nießbrauch an, wogegen

---

3) l. 9. 10. pr. D. de usufr. earum rer. etc. 7, 5; l. 7 § 1 D. usufr. qu. cav. 7, 9.

4) l. 5 § 1. l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7, 5.

1) § 2 J. de usufr. 2, 4; l. 15 § 4. 5. D. 7, 1; l. 9 § 3 D. usufr. qu. cav. 7, 9.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA



Cujacius, comment. ad resp. Pap. lib. VII, t. 24 de usufr. legato.

Noodt, de usufr. lib. 1 c. 22.

Leyser, medit. ad Pandectas. sp. 106 m. 5.

Glück, Commentar, Band 9, S. 404

Göschen, Vorles. Bd. 2, Abth. 1, S. 231

ihn für einen Quasiususfruct erklären, auch

Puchta, Pand. § 182.

meint, daß der Nießbrauch an Kapitalien stets ein Quasiususfructus sein müsse, denn nomina „sind keine Sachen", auch müsse er in Beziehung auf das periculum wie ein Quasiususfruct behandelt werden.

Noch Andere, wie

Mühlenbruch, Cession. 3. Ausg. § 47 S. 496. Pand. Recht § 285

Roßhirt, Civilrecht Bd. II § 279

unterscheiden: regelmäßig habe der Nutznießer keine Verfügung über das Kapital, und dann sei es ein wahrer Usufructus; unter gewissen Umständen könne ihm jedoch auch diese Verfügung zustehen, und dann sei sein Recht ein Quasiususfructus.

Wesentlich stimmen damit auch

Häberlin, diss. de usufr. pecuniae § 10

Weber zu Höpfner's Comment. üb. d. Heinecc. Institutionen § 374 not. 2 S. 388

überein, nur daß nach ihnen alles auf die Modalitäten der Verleihung des Nießbrauchs ankommen soll, so daß also dem Berechtigten nur dann eine Verfügung über das Capital zustehe, wenn ihm eine solche ausdrücklich gestattet sei.

Steinberger, in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß. N. F. XI (1854) S. 149 ff.

behandelt diese Frage sehr ausführlich. Auch er argumentirt zunächst, wie Puchta: der Usufructus sei nur an einer körperlichen Sache möglich. Es müsse nun nach dem Gegenstande des nomen unterschieden werden, und danach sei es von Bedeutung, ob es sich um eine Species, oder um eine Quantität fungibler Sachen handle. Ersternfalls sei der Nießbrauch als an diesem Gegenstande selbst bestellt zu betrachten, ein eigentlicher Usufruct an der Species, anhebend mit der Geltendmachung der Forderung, während die Species selbst Eigenthum des Nießbrauchsbestellers, bei einem legirten Nießbrauch Eigenthum des Erben werde oder bleibe. Das sei nichts Besonderes, daher auch die Quellen nicht von diesem Falle redeten.

Der andere Fall betreffe den Nießbrauch an einer Forderung von Quantitäten fungibler, verzehrbarer Sachen; von solchen Forderungen werde der Ausdruck nomen in der Regel verstanden, und das sei der ususfructus nominis im engeren und eigentlichen Sinne; an solchem nomen finde kein ächter Ususfruct, kein dingliches Recht statt, weil ja ein nomen keine körperliche Sache sei.

Von diesem s. g. ususfructus nominis, der sich auf Forderungen fungibler und verzehrbarer Sachen beschränkt, scheidet Steinberger mit Recht noch zwei Fälle aus.

Ist nämlich Jemandem der Zinsengenuß von einer Forderung zugewendet worden, so liegt hierin, je nach dem vorliegenden Rechtsgeschäfte, entweder eine einfache Cession einer Zinsforderung, oder ein legatum reditus.

In der Bestellung des ususfructus nominis an den Schuldner selbst liegt regelmäßig die Bestellung des quasiususfructus an den Gegenständen, auf deren Leistung die Forderung gerichtet ist, und es enthält solches Geschäft, sofern es sich auf eine zinstragende Forderung bezieht, einen Erlaß der Zinsen.

Von diesen uneigentlichen Fällen abgesehen, verleiht der ususfructus nominis dem Nießbräucher die Befugniß, die Forderung selbst für sich geltend zu machen, die Objecte selbst einzuheben und zu consumiren.

Eine unbefangene Würdigung der vorgebrachten Gründe wird es kaum zweifelhaft erscheinen lassen, daß diese in der That die Wahrheit treffen, und man wird mit vollem Recht dieser Darstellung zustimmen müssen, natürlich insoweit nicht Landesgesetze ausdrücklich abweichende Bestimmungen enthalten [2]).

Die richtige Entscheidung der angeregten Frage ist von ganz besonderer Bedeutung in denjenigen Ländern, in denen der Nießbrauch des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau gilt. Bekanntlich ist dieß in vielen Ländern auf Grund von Gesetz oder Gewohnheit der Fall, und da wird denn dieses Recht, soweit nicht besondere Be-

---

2) Preuß. Landr. I, 21. § 101: „Capitalien, welche zum Nießbrauch eingeräumt werden, ist der Nießbräucher ohne Einwilligung des Eigenthümers einzuziehen, oder sonst darüber zu verfügen, nicht befugt. § 102. Thut er es dennoch: so geschieht es auf seine Gefahr, und er muß jeden an solchen Capitalien nachher sich ereignenden Verlust und Ausfall vertreten. — § 104. Wie weit der Eigenthümer die von dem Schuldner an den Nießbräucher geleisteten Zahlungen wider sich gelten lassen müsse, ist nach den Grundsätzen von Zahlungen überhaupt zu beurtheilen (tit. 16 Abschn. 2)."

ſtimmungen vorliegen, nach den Grundſätzen des römiſchen usus-fructus und quasiususfructus behandelt. Soweit insbeſondere nomina zu ſolchem Vermögen gehören, findet auf den Nießbrauch an denſelben das römiſche Recht des Quaſiuſusfructus Anwendung. Hier iſt es denn von ganz beſonderem Einfluß, ob der Mann die Forderungen für ſich einziehen kann oder nicht.

Einige Landesgeſetze ſchreiben ausdrücklich vor, daß der Ehemann bei Einhebung von Capitalien und bei Quittirung über deren Empfang an die Zuſtimmung der Ehefrau gebunden ſei[3]). Wo aber ſolche landesgeſetzliche Beſtimmungen nicht exiſtiren, da wird man annehmen müſſen, daß der Quaſiuſusfruct an Forderungen, ſei er durch eheliches Recht oder ſonſtwie erworben, an und für ſich ſchon den Nießbräucher zur Einziehung der Forderung berechtigt[4]).

## 4. Uſus.

### § 25.

Die inneren Beſtandtheile des Uſus wurden oben bereits ausführlich erörtert, und wurde derſelbe als das Recht der perſönlichen Sachnutzung ohne Fruchtgenuß erklärt. So einfach dieſer Satz klingt, ſo ſchwierig kann ſich die Beſtimmung der Grenze zwiſchen Uſus und Uſusfruct und die Beſtimmung des Umfangs der in dem Uſus enthaltenen Befugniſſe in concreto geſtalten.

Im Allgemeinen liegt in dem Begriff des Gebrauchs die Beſchränkung auf das perſönliche Bedürfniß des Berechtigten angedeutet, denn es betrifft ja dieſes Recht diejenige Nutzung der Sache, welche direct zum Vortheil der Perſon dient, ohne zunächſt eine ſpecifiſche Vermehrung des Vermögens derſelben einzuſchließen, wogegen diejenige Sachnutzung, welche unmittelbar auf eine ſolche Vermögensbereicherung abzielt, unter den Begriff des Uſusfructs fällt, deſſen Weſen eben in der Vermögensvermehrung durch Fruchtaneignung liegt.

Dieß ſchließt zwar nicht aus, daß der Uſus auch einen Zuſatz von Fruchtgenuß bekommen kann, jedoch nur mit der Beſchränkung, daß er nicht direct auf eine eigentliche Vermögensvermehrung des

3) S.-Weimariſches Geſetz v. 22. Mai 1826 Nr. II. Hypothekengeſetz v. 6. Mai 1839 § 38 Nr. 2; Altenburgiſche Eheordnung § 138.

4) Vergl. auch Heimbach, Lehrb. d. partic. Privatr. der z. d. O. A. Gerichten zu Jena und Zerbſt vereinten Länder ꝛc. Jena 1848. § 94 insbeſond. not. 4 u. 5.

Berechtigten abzielt. In ſolcher Weiſe geſtatten die Quellen nach Lage der Sache dem Uſuar einen Genuß von Früchten, deren er zu ſeinem täglichen Gebrauch, ad usum quoditianum, zum Lebensbedarf benöthigt iſt, quod ad victum sibi suisque sufficiat [1]).

Wie viel oder wenig Fruchtgenuß danach dem Uſuar in concreto zukommt, das richtet ſich nach der Beſchaffenheit des dem Uſus unterworfenen Objects und nach der Art, wie daſſelbe genutzt zu werden pflegt, woraus der Schluß auf das, was demnächſt dem Uſuar hat eingeräumt werden ſollen, zu ziehen iſt. Letztwillig beſtellter Uſus erfährt immer eine der Erweiterung der Uſuarbefugniſſe günſtige Interpretation [2]).

Das Recht des Uſus kann nicht auf einen Anderen übertragen werden; auch geſtattet derſelbe nicht, durch Uebertragung der Ausübung an einen Anderen einen Gewinn, welcher unter den Begriff der Früchte fallen würde, zu ziehen. So enthält z. B. der Uſus eines Hauſes nicht die Befugniß, daſſelbe zu vermiethen.

Daß er untheilbar iſt, kam ſchon oben vor.

Der Uſus verleiht das Recht zur Detention der Sache, jedoch — gemäß dem Servitutenbegriff — ohne irgend eine die Subſtanz der Sache verändernde Einwirkung auf dieſelbe.

Dem Uſuar ſteht die Befugniß zu, ſich der dem Grundſtück zuſtändigen Realſervitututen, ſoweit dieſelben zur Erleichterung der Benutzung des Grundſtücks beitragen, und ſoweit er derſelben zu ſolchem Zwecke bedarf, zu bedienen. In den Quellen findet ſich dieſer Satz zwar nicht ausdrücklich ausgeſprochen, er rechtfertigt ſich aber durch die Natur des Uſus-und aus der Analogie des Uſusfruct, da dieſelben Gründe, welche dem Nießbräucher die Servituten zu geſtatten gebieten, auch auf den Uſuar anwendbar erſcheinen.

Sofern die Sachnutzung lediglich in dem Uſus beſteht, liegt dem Uſuar ob, die Laſten der Sache zu tragen; ſonſt fällt dieſe Verbindlichkeit demjenigen zu, welcher die Früchte zieht [3]).

Der Uſuar iſt gleich jedem Servitutberechtigten verpflichtet, ſein Recht civiliter, alſo mit möglichſter Schonung und Wahrung der Intereſſen des Eigenthümers auszuüben. Nach beendigtem Recht hat er die Sache zu reſtituiren und wegen jedes Schadens, welcher

1) l. 13 § 1 J. de usu 2, 5; l. 12 § 1 D. de usu et habit. 7, 8. vergl. mit l. 43. 44. D. 50, 16.
2) Z. B. l. 2 § 1. l. 8. 12 § 4. l. 22 D. de usu 7, 8.
3) l. 18 D. h. t.

durch seine ordnungswidrige Benutzung oder einen ihn sonst verhaftenden Vorgang entstanden ist, Ersatz zu leisten. Auf Verlangen hat er dem Eigenthümer zu Beginn seines Rechts Realcaution durch Bürgen auf Erfüllung dieser Verpflichtungen zu leisten [4]).

## 5. Die s. g. irregulären Personalservituten.

### § 26.

Bisher wurde die rechtliche Natur der im Ususfruct und bezugsweise Usus enthaltenen Befugnisse, die Qualität derselben untersucht, ohne auf die Quantität näher einzugehen.

Es erübrigt noch die Untersuchung dieser Quantität, und indem wir zu derselben übergehen, knüpfen wir wieder an den Punct an, den wir oben bei der Besprechung der Thibaut'schen Theorie vom Nießbrauch vorläufig ausgesetzt sein lassen mußten.

Gegenüber der Thibaut'schen Definition würde der Ausgangspunct dieser Untersuchung in der Frage liegen: umfassen Usus und Ususfruct den vollen Sachgebrauch, bezüglich den vollen Fruchtgenuß, oder sind diese Rechte auch mit Abzug einzelner Gebrauchs- und Fruchtbezugsarten, bezüglich unter Reduction auf eine einzige Gebrauchs- und Fruchtbezugsart rechtlich gegeben? So lautet diese Frage in der Regel, freilich nicht präcis.

Unrichtig ist die Formulirung dieser Frage bei Thibaut; noch unrichtiger, wie Zachariae v. Lingenthal, Archiv f. d. civil. Pr. Bd. 27 S. 1 ff. ausführt, ist es vollends, wenn die Frage so lautet, ob Prädialservituten auch als Personalservituten verliehen werden können. Die älteren Juristen drücken sich fast alle so aus, und daher stammt der alberne Ausdruck irregulares servitutes personarum.

Richtig lautet die Frage: ist eine einzelne Nutzungs- oder Fruchtnießungsbefugniß als persönliche Servitut anerkannt? und bejahenden Falles: ist das ein ächter Usus, bezugsweise Ususfruct, oder aber eine nur nach Analogie dieser beiden Formen zu behandelnde Servitut? [1])

---

4) l. 5 § 1. l. 11 D. usufr. qu. cav. 7, 9.

1) Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten nach römischem Recht. Leipzig, 1862; über die letztere Schrift vergl. meine Recension in der „Rundschau" ꝛc. II., Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XX. (1863.)

Die Dogmengeſchichte dieſer von Alters her beſtrittenen Frage folgt hier nur in einem kurzen Auszuge[2]).

Die Gloſſatoren haben die Frage verneint. Duarenus, Cujacius und Donellus neigen ſich ihrer Bejahung zu und erklären die Perſonalſervituten dieſer Art für Fälle des Uſus. Ihnen folgen in dieſer Auffaſſung die Juriſten der franzöſiſchen Schule. Auch die älteren deutſchen Juriſten erkennen dieſe Rechte als Perſonalſervituten an, ſchwanken jedoch, ob ſie dieſelben als ächten Uſus oder Uſusfructus und nicht vielmehr als eine beſondere Art perſönlicher Servituten betrachten ſollen; ſie erfinden dafür die Ausdrücke: s. personales irregulares, extraordinariae, anomalae, innominatae. Auch tauchen unter ihnen Stimmen für die Verneinung der ganzen Frage auf.

v. Löhr, Magazin f. Rechtsw. u. Geſetzg. Bd. 3 Abth. 16 S. 495 ff. deducirt: wenn eine perſönliche Servitut mit dem gewöhnlichen Inhalt einer dinglichen beſtellt werde, ſo ſei ſie immer entweder ein Uſus oder ein Uſusfructus.

Mühlenbruch im Arch. f. civ. Pr. XV. S. 382 ff. kommt auf den alten Begriff irregulärer Servituten zurück, indem er doch auch für ſolche Perſonalſervituten mit dem gewöhnlichen Inhalt der Realſervituten ein praedium vicinum des Berechtigten als unumgänglich nöthig vorausſetzt. Er beruft ſich hierbei auf l. 14 § 3 D. de alim. v. cib. leg 34, 1, von welcher ſpäter die Rede ſein wird.

Zachariae v. Lingenthal in der ſchon citirten Abhandlung iſt der Meinung, daß nach der Natur der Sache und nach den Ausſprüchen der Quellen auch einzelne Nutzungs- oder Fruchtbezüge als Perſonalſervituten vorkommen, daß dieſe alsdann als Uſus oder Uſusfruct zu betrachten, jedoch, wenigſtens was den letzteren betrifft, nicht in allen Beziehungen nach deren Recht zu behandeln ſind.

Elvers l. c. S. 185 behauptet, daß das römiſche Recht materiell nicht bei den vier normalen (?) Perſonalſervituten in ihrer regelmäßigen Form ſtehen blieb, ſondern daß auch einzelne beſchränkte Befugniſſe durch Perſonalſervituten ertheilt wurden, daß aber ein gewiſſes Schwanken hinſichtlich der Frage im Rechte zu bemerken iſt, ob dieſe nur Abarten des Uſusfruct und des Uſus, oder ob es eigene

2) Specieller wird ſie dargeſtellt von Zachariae v. L. a. a. O. und Cohnfeldt S. 6 ff.

Arten von Perſonalſervituten ſein. Elvers ſelbſt ſcheint geneigt, mehr das Letztere anzunehmen, wie er denn dieſe Rechte anderwärts — S. 220 — dem Uſus und Uſusfruct „nachgebildete“ Perſonalſervituten nennt; jedoch unterläßt er, ſich definitiv zu entſcheiden.

Cohnfeldt l. c. erklärt den Begriff der Perſonalſervituten mit den vier Geſtaltungen des Uſusfruct, des Uſus und der Habitatio für abgeſchloſſen, definirt die beiden erſteren als „die Anwendung und den Fruchtbezug, welche dem Weſen und der natürlichen Beſtimmung der Sache entſprechen“ und folgert daraus: eine einzelne Befugniß ſchlechthin, als ſolche genüge noch nicht als Inhalt eines Uſus oder Uſusfruct; ſie genüge nur, wenn ſie zufällig den Hauptertrag und die Hauptanwendung der Sache einſchließe.

Der alte Streit erſcheint danach auch heute noch ungelöſt, und wir finden uns daher in der Nothwendigkeit, ihm gründlich nachgehen zu müſſen.

## § 27.

Es erſcheint zweckmäßig, bei Unterſuchung dieſer Frage zunächſt einmal von dem poſitiven römiſchen Recht gänzlich abzuſehen und von der Betrachtung allgemeiner Geſichtspuncte auszugehen.

Schon oben wurde angedeutet, daß der anſchwellende Verkehr und Sachbedarf, mit welchem die Production neuer Werthe nicht immer gleichen Schritt halten kann, mit innerer Nothwendigkeit zu einer intenſiveren Wirthſchaft, zur ſorgfältigeren Ausbeutung der vorhandenen Werthe führt. Dieſer Entwickelung folgen auch die Nutzungsarten an Immobilien, und ihnen entſprechend entſtehen immer neue Formen von Nutzungsbefugniſſen, bis der durch die Natur der Sache und des Rechts gezogene Kreis derſelben geſchloſſen iſt.

Ein Hauptglied in der Kette dieſer Nutzungsarten und Nutzungsrechte bilden die beſonderen einzelnen Gebrauchs- und Fruchtgenußbefugniſſe, die Befugniſſe, einzelne oder eine einzige Gebrauchs- und Fruchtart auszubeuten. Es iſt nationalöconomiſch und juriſtiſch von beſonderer Bedeutung, ob eine ſolche mit einer Sache verknüpft iſt, oder ob ſie einer Perſon als berechtigtem Subject zuſteht. Es iſt nun unzweifelhaft denkbar, daß die Conſtruction ſolcher einer Perſon gegebenen Befugniß entweder als obligatoriſche oder als dingliche möglich iſt. Ein rechtlich-theoretiſches Hinderniß ſteht dem nicht entgegen, es kann daher — vom poſitiven Recht einmal abge-

ſehen — die Errichtung einer ſolchen Befugniß an ſich vorkommen. Es würde ſich nur fragen, ob dieſelbe von practiſchem Werth ſei, ob ſie alſo inſofern nationalöconomiſche und juriſtiſche Berechtigung habe.

Ich gebe zu, daß in den meiſten Fällen das, was eine ſolche Errichtung will, durch die Verleihung blos obligatoriſchen Rechts erreicht wird. Indeſſen mangelt ſolcher blos obligatoriſchen Befugniß ein Element, welches unter Umſtänden nicht unweſentlich ſein mag: die Sicherſtellung gegen den Verluſt durch Veränderungen im Eigenthum, ein Element, worin eben die größere Stabilität der Servitut gegenüber blos obligatoriſcher Berechtigung beſteht. Wo es ſich alſo um die Erreichung ſolchen Zweckes handelt, da wird denn auch die Erlangung dinglicher Natur für die fragliche Nutzung von recht weſentlicher Bedeutung ſein. Cohnfeldt l. c. S. 44 und mancher Andere mit ihm beſtreitet das. Allein wie mag man verkennen, daß es z. B. von Bedeutung ſei, das dingliche Recht des Bleichplatzes auf fremdem Grundſtück zu haben, oder für einen Seiler, ſeine Seile daſelbſt zu drehen. Solche Rechte ſind allerdings von untergeordneter Bedeutung. Allein es exiſtirt ein Fruchtbezug von Grundſtücken, welcher die Lebensader unſerer ganzen heutigen Volkswirthſchaft iſt, und deſſen ordnungsmäßiger Betrieb ſchlechterdings die dinglich geſicherte Natur der Befugniß vorausſetzt. Es iſt das der Bergbau. Die Lebensbedingung deſſelben ruht vornehmlich auf ſeiner Dinglichkeitsſtiftung, der dadurch garantirten Unwiderruflichkeit und der dadurch geſchaffenen Sicherheit gegen den jetzigen und jeden künftigen Eigenthümer, wie gegen jeden Dritten.

Eine blos obligatoriſche Natur ſolchen Rechts würde jeden Augenblick die Gefahr ſeines Verluſtes drohen und deßhalb ſeinen Werth vollkommen und ſchlechthin aufheben. Nur die durch die Dinglichkeitsſtiftung — ob dieſelbe durch den Eigenthümer, oder, wie beim Bergbau durch einen Dritten geſchieht, iſt natürlich für das Recht ſelbſt vollkommen gleichgültig — gegebene Stabilität ermöglicht einen nachhaltigen, durch koſtſpielige Anlagen gehörig unterſtützten Abbau der Mineralien.

Man betrachte nun die Wichtigkeit des Bergbaues für das geſammte Leben in allen ſeinen Beziehungen und erwäge, daß ſein Betrieb, ſoweit er auf fremdem Grund und Boden geſchieht, nur durch eine Dinglichkeitsſtiftung, wie ſie der perſönlichen Servitut eigenthümlich iſt, ermöglicht wird. Und dann wird man einſehen,

wie beschränkt die Auffassung ist, welche die persönlichen Servituten dieser Art für entbehrlich, ja für verwerflich hält. Man kann nicht oft genug daran erinnern, daß der Jurist besser thäte, statt logische Abstractionen zu spinnen, hinauszutreten auf den Markt und das Recht zu studiren, wo es wurzelt: im Leben mit all' seinen inneren und äußeren Beziehungen. Geschähe das, so kämen nicht solche verkehrte Theorieen zu Tage, wie die von der Freiheit des Eigenthums.

Es ist auch hiervon abgesehen ein recht seichter Einwurf gegen die Zulässigkeit solcher Servitut, daß sie das Eigenthum lahm lege. Ist nicht die Realservitut mit ihrer unverkürzten Dauer eine weit größere Lahmlegung des Eigenthums? und sind nicht der Usus und der Ususfruct mit ihrem den vollen Gebrauch und bezüglich Fruchtbezug umfassenden Inhalt auch eine weit größere Lahmlegung des Eigenthums? Und warum fällt es nun Cohnfeldt, Ihering und Cons. nicht ein, den Usus und den Ususfruct noch weit verwerflicher zu finden? Ich glaube, sie haben selbst keine Antwort auf solche, gewiß höchst einfache Frage.

Wir fassen unsere Betrachtungen zusammen: Die Kenntniß nationalöconomischer Grundsätze zeigt, daß jede intensivere Wirthschaft die höhere ist, und daß folgeweise diejenige, welche alle erdenkliche Art der Sachnutzung unter Voraussetzung ihrer Nachhaltigkeit practisch in's Werk setzt, zu billigen ist. Von diesem Gesichtspunct aus mag auch der Werth der besprochenen Nutzungs-Arten und Befugnisse, welche mit der Sicherheit dinglicher Natur zugleich die der persönlichen Servitut eigenthümliche zeitliche Beschränkung und Möglichkeit der thatsächlichen Weiterbegebung verbinden, nicht bezweifelt werden.

Wenn danach eine Volkswirthschaft auf ihrer höheren Stufe und wenn das damit Schritt haltende Recht die Sachnutzungsbefugnisse der besprochenen Art sicher naturgemäß entwickeln muß, so werden wir auch bei einer so hohen Stufe der Nationalöconomie, wie wir sie den Römern eben nicht absprechen dürfen, gewiß nicht vergeblich nach jenen suchen. Sie in dem positiven römischen Recht wirklich nachzuweisen, das liegt uns demnächst ob.

## § 28.

Auch diejenigen, welche unsere Frage verneinen, erkennen an, daß Usus und bezüglich Ususfruct im concreten Falle von höchst ver-

ſchiedenem Gehalt ſein können und ſein müſſen. Zwar, daß die volle Sachnutzung des einen Gegenſtandes von der vollen Sachnutzung einer anderen Sache nach Verſchiedenheit der Sachen verſchieden iſt, das iſt als rein thatſächliches Moment für das Recht an ſich vollkommen gleichgültig. Von Bedeutung für das Recht iſt es nur, wenn an einer Sache ein Uſus oder Uſusfruct nicht mit dem vollen, nach Beſchaffenheit der Sache möglichen Umfang beſteht. Servitutenbildungen von dieſem verminderten Umfang erkennen die Quellen ausdrücklich an. So kann z. B. Einem das uti, einem Anderen das frui zugetheilt ſein[1]).

Auch beſtehen nicht einmal dieſe beiden Stücke abgeſchloſſen und vollſtändig neben einander, denn der, welcher hiernach das frui hat, iſt befugt auch zum uti, ſoweit ſein Fruchtbezugsrecht einen ſolchen Sachgebrauch vorausſetzt[2]).

Wo nach römiſchem Recht ein Uſus oder Uſusfruct beſteht, da liegt damit nicht ſchlechthin und mit einer inneren Nothwendigkeit der volle Sachgebrauch, noch der volle Fruchtbezug in einer Hand, ſonſt könnten ja nicht Uſus und Uſusfructus an derſelben Sache neben einander beſtehen. Schon hierin findet man alſo für das römiſche Recht die ausdrückliche Beſtätigung, daß zum Uſus nicht der volle Sachgebrauch, zum Uſusfruct nicht der volle Sachgebrauch und volle Fruchtbezug weſentlich iſt, daß vielmehr beide Formen auch in verminderter Umfang vorkommen können. Gehört hiernach die Totalität der Ausbeutung der einen und der anderen Werthſeite nicht zum Begriff dieſer Rechte, ſo ſcheint es conſequent zu ſein, daß auch die Reduction ſolcher Ausbeutung auf den kleinſten Umfang, auf eine einzelne Gebrauchs- oder Fruchtbezugsart nicht ausgeſchloſſen ſei. Kommt es alſo nach dem Begriff dieſer Rechte auf die Quantität der inliegenden Befugniß überhaupt nicht an, ſondern nur auf die Qualität derſelben, ſo müßte auch das perſönliche Recht ſolcher einzelnen Sachnutzung als perſönliche Servitut und in specie als Uſus oder Uſusfruct anerkannt werden.

Es exiſtiren auch einige Stellen, welche derartige perſönliche Befugniſſe: das jus pascendi, calcis coquendae, cretae eximendae, haustus aquae, pecoris ad aquam appulsus, transeundi und

1) l. 42 D. 7, 1: si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur.

2) l. 42 cit.: nec minus fruendi causa et usum habet. — l. 14 § 1 D. 7, 8: nam fructui et usus inest .... et fructus quidem sine usu esse non potest.

ähnliche als persönliche Servituten anzuerkennen scheinen. Man hat jedoch versucht, durch die mannichfachsten Erklärungen ein solches Anerkenntniß daraus zu entfernen.

Es gehört hierher zunächst

l. 32 D. de usufr. 7, 1: Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae non praedii est, veluti usum et usumfructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio, quum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione sive temporalis sive usque ad mortem ejus, qui excipit, usus videtur exceptus.

Cohnfeldt in seiner oben citirten Schrift erklärt die in dieser Stelle constituirten Rechte für einen wirklichen Usus, bezüglich Ususfruct; er meint, daß die Weide der Haupttertrag von dem saltus sei, daß deßhalb mit der Bestellung der Befugniß zum Bezug solchen Hauptertrages in der That ein Ususfruct von vollständigem Umfange bestellt werde.

Allein diese thatsächliche Behauptung ist ebenso willkürlich, wie die, daß der Ususfruct den Haupttertrag der Sache umfassen müsse. Da in der bekannten Legaldefinition des Ususfructs von dieser Beschränkung nichts verlautet, so müßte dieselbe, soll sie überhaupt Geltung haben, an einzelnen Beispielen der Rechtsbücher bewiesen werden. Hier aber schlägt man den umgekehrten Weg ein, indem man diese Quellenbeispiele nach dem erst zu erweisenden Satze modelt und daraus dessen Vorhandensein zu beweisen sucht.

In der Stelle selbst ist jedenfalls kein Anhalt für den Satz, daß der Ususfruct den Haupttertrag der Sache umfassen müsse. Auch ist es nicht schlechthin wahr, daß die Weide den Haupttertrag von saltus bilde. Denn saltus bezeichnet nicht wüste Schluchten, die eben nur zur Weide taugen, sondern waldige Schluchten, Waldgründe, den Wald. Daher reden Valentinian und Valens in l. 2 cod. Theodos. lib. VII. tit. VII. de pastibus von pascuis saltibus (eine Variante hat pascuis saltibusque) ohne Zweifel in derselben Bedeutung wie pascua silva. So konnte auch die Glosse des Accursius zu l. 13 C. XI, 61 den Ausdruck fundi saltuenses erklären: saltus, in quibus sunt pascua.

In einem specielleren Sinne bedeutet es allerdings Waldweide und bezüglich Weide schlechthin. Gewöhnlicher aber werden für Weide schlechthin und für Weideplätze, die weiter keinen Ertrag ab-

werfen, die Ausdrücke pascuum (praedium) und pratum gebraucht. (Cod. Theod. lib. VII. tit. 7. de pascuis u. a. O.)

Die Stelle iſt nun folgendermaßen zu erklären: Wenn Jemand ſein einziges Grundſtück veräußert, ſo kann er ſich daran nur eine perſönliche Servitut vorbehalten, zum Beiſpiel indem er den Uſus oder Uſusfruct excipirt. Er kann ſich aber auch ein Wohnungsrecht oder ein Weiderecht als perſönliche Servitut daran vorbehalten, ohne ſie gerade ausdrücklich als Uſus oder Uſusfructus zu bezeichnen. Er hat dann durch Vorbehalt des Weiderechts doch wirklich einen Uſusfructus vorbehalten, wenn die Früchte des Grundſtücks eben nur in der Weide beſtehen: (ex multis saltibus pastione fructus perciperetur). Die Beſtellung eines Weiderechts an einem ſolchen Grundſtück iſt dann eben die Beſtellung des Uſusfructs; ſo wie, umgekehrt betrachtet, die Beſtellung des Uſusfructs an demſelben — materiell auch nichts weiter gewährt, als ein Weiderecht in Form perſönlicher Servitut. Gilt aber ein Uſusfruct, der bei der Beſchaffenheit des Objects nur dieſen beſchränkten Inhalt des Weiderechts hat, warum ſoll es da nicht gültig ſein, direct einen Uſusfruct mit ſolchem Inhalt, oder mit anderen Worten eine perſönliche Weideſervitut zu beſtellen. In der That konnte ſich der Juriſt nur für die Bejahung dieſer Frage entſcheiden. Denn die Beſtellung des Uſusfructs an einem Grundſtück, welches nur als Weide dient, iſt doch innerlich und qualitativ durchaus nicht verſchieden von der Beſtellung einer perſönlichen Weideſervitut an einem Grundſtücke, welches auch noch anderen Ertrag abwirft. Nehmen wir noch hinzu, daß saltus weſentlich daſſelbe iſt, wie pascua silva, und daß l. 30 § 5 D. 50, 16 dieſen letzteren Ausdruck dahin definirt: quae pastui pecudum destinata est, ſo haben wir damit ein weiteres Moment und eine weitere Erklärung obiger Stelle.

Pascua silva iſt nicht ein Wald, der von Natur ein Weideplatz und nur ein ſolcher iſt — das iſt der Wald doch eben nicht — ſondern es iſt ein Wald, der im concreten Falle zu ſolchem Zwecke genutzt wird, destinata est. Eben mit Rückſicht auf die verſchiedene mögliche Benutzungsweiſe ſagt obige Stelle: multis saltibus etc.

Hierher werden ferner l. 4. 5. 6. D. VIII, 3 gezogen. Es lautet

l. 4: Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demon-

stravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

In dem ersten Theile redet Papinian, wie aus dem folgenden mit si tamen eingeleiteten Satze hervorgeht, von dem Falle, wo die Qualität der Servitut als Real- oder Personalservitut nicht ausdrücklich bezeichnet ist; hier soll, um das berechtigte Subject herauszufinden, darauf gesehen werden, zu wessen Vortheil die Servitut gereicht, und als Regel gelten: besteht der Ertrag eines Gutes vorzugsweise in der Viehzucht, so soll ein bestelltes Weiderecht oder eine Viehtränke als zum Vortheil des Grundstücks, mithin als Realservitut bestellt gelten.

Ist dagegen ausdrücklich eine Person als berechtigtes Subject genannt — si personam demonstravit etc. — so ist damit nicht wie im vorigen Falle eine dingliche Servitut bestellt: emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus, d. h. mit anderen Worten: es ist eine servitus personae, denn der Eingang der Stelle handelt nur von den Servituten und hatte gefragt, ob ein Recht der Viehweide und der Tränke eine servitus praedii oder personae sei. Im ersten Falle soll es eine s. praedii sein, im anderen Falle aber, wie nun der Gegensatz ergiebt, eine s. personae.

In l. 5 in § 1 ferner, welche lautet: Neratius libris ex Plantio ait, nec haustum, pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat; et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit, referirt Ulpian eine abweichende Meinung des Neratius, der da glaubt, daß die aufgezählten Rechte nur als Realservituten — nec nisi fundum vicinum habeat — bestellt werden könnten. Ulpian selbst modificirt diese Ansicht dahin, daß diese Rechte als Realservituten insoweit, als sie zum Vortheil eines Grundstücks dienen, bestellt werden können.

Hiervon kommen Beispiele in l. 6 pr.: veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportaretur (Vortheil des Grundstücks), sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulae vel ad villam aedificandam.

Sed si, fährt Paulus fort, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. Wenn es sich also nicht um die Fabrication zum Besten des Grundstücks, sondern zum Verkauf, also zum

perſönlichen Vortheil des Berechtigten handelt, ſo iſt die Servitut ein Uſusfructus.

§ 1 l. c. fährt weiter fort: Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae aedificandi ejus gratia, quod in fundo est; item silvae caeduae, ut pedamenta in vineis (die Kriegel'ſche Corp. jur. Ausgabe hat — wohl fälſchlich — vineas) non desint. Quid ergo, si praediorum meliorem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit;...

Auch hier iſt keine Andeutung, daß der Unterſchied der Real- oder Perſonalſervitut in dem Umfang der Berechtigung liege. Der Unterſchied derſelben wird vielmehr einzig und allein darin gefunden, daß die Realſervitut zum Vortheil eines Grundſtücks dient, was durch „aedificandi ejus gratia, quod in fundo est", durch „ut pedam. in vin. non desint" und durch das „Quid ergo si praed. mel. causam haec faciant"? ganz deutlich ausgedrückt wird. Es folgt daraus argumento a contrario und aus der Entſcheidung in § 4 cit.: geht das beſtellte Recht über das Bedürfniß des benachbarten Grundſtücks hinaus, oder dient es überhaupt nicht zum Vortheil eines ſolchen, ſo iſt es als personae datum, als Uſusfruct zu betrachten[3]). In dem Falle eines Schlagwaldes kann man allerdings ſagen, daß das Beiſpiel den Hauptertrag eines Grundſtücks betrifft und kann für dieſes Beiſpiel die Cohnfeldt'ſche Theorie retten. Auf die anderen Beiſpiele aber paßt ſie entſchieden nicht, denn es iſt nicht die geringſte Andeutung in der gedachten Stelle, daß nur von ſolchen Grundſtücken die Rede ſei, deren Hauptertrag im Kalklöſchen, Steinbrechen und Sandgraben beſtehe. Das Kriterium der Realſervitut und des Nießbrauchs liegt nicht im Umfang der Sachnutzung, ſondern darin, daß die Berechtigung zum Vortheil dort eines Grundſtücks, (si praediorum meliorem causam haec faciunt) hier einer Perſon dient.

Was Cohnfeldt zur Auslegung der eben citirten Stellen vorbringt, zeigt, daß er ſie gänzlich mißverſtanden. Wenn er insbeſondere den Ausdruck servitus personae in l. 4 cit. von einer Real-

3) Die Gloſſe zu dieſer Stelle ſagt: Sed si facio ad vendendum et alibi portandum: tunc non recedit ab usufructu, sed est ususfructus, ſo daß alſo auch ſie das ſolchergeſtalt conſtituirte Recht als einen Nießbrauch betrachtet. Uebrigens fügt die Gloſſe bei: Sed quidam dicunt has personales servitutes, ſo daß alſo ſchon damals von Andern beſondere (die ſpäter ſ. g. irregulären) Perſonalſervituten angenommen wurden.

ſervitut mit perſonaler Ausübung verſteht[4]), ſo iſt das reine Willkür der Auslegung. Seine Auffaſſung ſteht überhaupt im Widerſpruch mit dem weiteren Stelleninhalt, welcher für die s. personae den Uebergang auf die Erben, wie er der Realſervitut karakteriſtiſch iſt, ausſchließt.

l. 37 D. h. t. referirt einen Fall ganz ſo, wie ihn l. 4 cit. vorausſetzt, einen Fall nämlich, wo der Beſteller der Servitut personam demonstravit und ausdrücklich anheimſtellt, die Servitut zum Vortheil eines Grundſtücks, oder wie der Berechtigte ſonſt will, zu verwerthen. Es wird nun gefragt, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Caji Seji pertineat? Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seji, quasi usuarii, transmitti non oportere. Die Entſcheidung lautet alſo: es ſei dieſes Recht eine perſönliche Servitut, und weil ſie dieß ſei, ſo gehe ſie nicht auf die Erben über. So interpretirt auch die Gloſſe in dem der Stelle beigegebenen Caſus: ista servitus est personalis: et ideo ad heredes tuos non transmittitur. Auch die Gloſſe verſteht demnach usus aquae nicht von einer bloſen Ausübung einer Waſſerſervitut, Realſervitut, und mit Recht, denn ſonſt hätte es nicht usus aquae, ſondern usus servitutis aquae heißen müſſen. Auch lauten ja die Worte der Conceſſion nicht auf die Einräumung eines Rechts an einer beſtehenden Servitut, ſondern auf die Begründung einer neuen Dienſtbarkeit für den Berechtigten ſelbſt. Usus aquae hat hier die beſtimmte Bedeutung der perſönlichen Servitut des Uſus, wie durch den Beiſatz personalis noch deutlicher wird. Auch die Realſervituten enthalten einen usus, hier aber handelt es ſich um den Uſus als perſönliche Servitut. Es wird das durch den Zuſatz personalis bezeichnet und damit zugleich der Entſcheidungsgrund für die aufgeworfene Frage gegeben: weil der usus ein personalis iſt, ſo geht er nicht auf die Erben über. Man vergleiche damit l. 21 D. de usu et habit. 7, 8, welche die Bedeutung von usus aquae und die ſoeben gegebene Erklärung noch deutlicher macht durch die Worte: usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest.

Auch der erſte Fall in l. 6 D. de servit. legata 33, 3 iſt ein ſolcher, wo der Vater personam demonstravit, denn es heißt ja:

4) Es nimmt Wunder, daß Cohnfeldt nicht umgekehrt auch die s. praedii eine Perſonalſervitut mit realer Ausübung nennt, um die Verwirrung vollſtändig zu machen.

Pater filiae domum legavit, eique per domus hereditarias jus transeundi praestari voluit..

und dann kömmt als Gegenſatz der Fall:

Quodsi quis non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat, tantundem juris ad heredem quoque transmittitur, quod hic (nämlich im erſten Fall, welchen die Stelle durch dieſen Gegenſatz entſcheiden will) nequaquam admittendum est.....

Es iſt durchaus unrichtig, wenn man das jus transeundi im Eingang der Stelle als Gegenſatz von dem folgenden usus transeundi betrachtet und behandelt; das jus bezeichnet zunächſt nur das Recht eines Durchgangs ohne zu entſcheiden, ob es perſönlich oder dinglich iſt. Dieſer Gegenſatz perſönlichen und dinglichen Rechts wird dann unterſchieden, das erſtere wird durch das filiae legare, eique praestari volere, alſo durch die personae demonstratio bezeichnet, das letztere unter dem legatum servitutis plenum, plenum nämlich, inſofern es nicht auf die Perſon des Legatars beſchränkt iſt, begriffen.

Was ferner die vielbeſprochene l. 14 § 3 D. de alim. legat. 34, 1 betrifft, ſo räumt man allerdings alle Schwierigkeiten am einfachſten dadurch hinweg, daß man, wie von Verſchiedenen geſchehen, die Stelle für corrumpirt erklärt. Ich ſehe aber in der That nicht ein, was zu einer ſolchen Annahme berechtigen ſoll. Die Stelle lautet:

Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat; consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est; dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.

Mühlenbruch, l. c. erklärt die Worte von nam et haustus bis exprimenda utendi für einen Zwischensatz, welcher in weiterer Entwickelung des vorangeschickten Zweifels bemerkte, daß auch dann, wenn die Servitut des aquae haustus als persönliche Servitut constituirt sei, ein praedium vicinum vorausgesetzt werde. Die folgenden Worte, haec enim aqua personae relinquitur knüpften nun an die früheren nec videri — relicta an und besagten bei solchem Zusammenhang: daß es sich hier gar nicht um eine Servitut, welcher dieser Zweifel entgegenstehen würde, sondern um ein rein persönliches, um ein Forderungsrecht handle.

Diese Erklärung ist nicht ungeschickt, leidet indessen an so vielen Mängeln, daß ihre Verwerfung unvermeidlich ist. Vangerow, Pand. § 339 Anm. hat schon hierauf aufmerksam gemacht, jedoch nicht in allen Stücken mit den richtigen Gründen. Er meint: die Vicinität der beiden Grundstücke bei Realservituten sei „nicht so„wohl ein selbstständiges Requisit hierbei, als vielmehr eine bloße „Consequenz des gerade für diese Art der Servituten karakteristi„schen Princips, daß der daraus erwachsende Nutzen für jeden Be„sitzer des herrschenden Grundstücks gleich möglich sein müsse. Bei „Personalservituten fällt nothwendig dieses letztere Princip weg, „und es würde also offenbar ganz ungehörig sein, doch die Vicinität „zu verlangen, da dieselbe nur Sinn und Bedeutung in Folge jenes „Princips hat". Das ist zwar an sich ganz richtig, paßt aber nicht hierher, denn es ist weniger ungehörig, Vicinität zu verlangen, als überhaupt ein Grundstück zu verlangen. Das Wesen der Personalservitut besteht darin, daß eine Person als solche, ohne Rücksicht auf den Besitz und den Vortheil irgend eines Grundstücks Subject des Servitutrechts ist; es würde daher ein Widerspruch gegen das Wesen der Personalservitut sein, wenn die Stelle sagte: daß servitus aquae, um als persönliche Servitut bestellt werden zu können, den Besitz eines praedium verlange. Eine so bestellte Servitut würde keine Personalservitut sein, sondern eine Realservitut, beschränkt auf die Lebensdauer des Erwerbers. Erwägt man das, so sieht man ein, daß Ulpian an ein solches Verhältniß in der Stelle gar nicht gedacht haben kann. Damit fällt denn die ganze Mühlenbruch'sche Erklärung, die übrigens auch in allen ihren Theilen etwas Künstliches und Gezwungenes hat.

Vangerow tritt demnächst auch der gewöhnlichen Meinung bei, daß Ulpian das Vermächtniß als eine wirkliche Personalservitut auf-

faſſe. Er will daher auch gleich vielen Anderen die herkömmliche Interpunction verändern und ein non einſchieben, ſo daß es heiße: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus; personae tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. Allein das ſind gleich drei, oder wenn man die Interpunction außer Betrachtung läßt, zwei ſehr weſentliche Emendationen: Veränderung des ei in ejus und Einſchiebung des non. Da die Handſchriften in dieſen Puncten übereinſtimmen, ſo erſcheint es mehr als gewagt, ſolche Veränderungen vorzunehmen; ja man muß dieſelben von vornherein ablehnen und lieber die Stelle für dunkel erklären, ſofern ſich wirklich keine ordentliche Erklärung derſelben herſtellen läßt.

Uebrigens giebt auch die ſo emendirte Stelle keinen ordentlichen Sinn. Man kann vielleicht davon abſehen, daß „personae ejus" im Sinne von: „ihm für ſeine Perſon" wohl mindeſtens ſehr ungewöhnlich iſt. Allein was ſagt nun dieſe Stelle, ſo erklärt? Auch der aquae haustus ſei eine Servitut, und zwar eine Realſervitut[5]); ſie könne aber ſehr wohl auch Jemandem, der kein Grundſtück hat, für ſeine Perſon hinterlaſſen werden. Damit hätte Ulpian denſelben Irrthum begangen, der an der Spitze dieſer Erörterungen gerügt wurde, den Irrthum nämlich, daß eine Realſervitut auch als Perſonalſervitut beſtellt werden könne, ein logiſcher Verſtoß, den man wohl bei manchen neueren Juriſten, aber nicht bei Ulpian gerechtfertigt finden ſollte.

Noch mißlicher iſt der Erklärungsverſuch von Cohnfeldt a. a. O. S. 76. Er läßt den Text unverändert und erklärt nun folgendermaßen: Ulpian hätte nur unterſuchen wollen, ob das Legat wirkſam ſei, überhaupt einen Vortheil gewähre, und ſtelle als das Entſcheidende hin, ob das Waſſer verkäuflich, ein Handelsartikel ſei, oder nicht; im zweiten Falle könne ein Legat von Waſſer nur dann von Werth ſein, wenn es als Waſſerſervitut conſtituirt ſei; wo es aber verkäuflich, da gelte das Fideicommiß auch bei blos perſönlicher Beſtellung. Dieß beſage das Reſponſum des Ulpian, welches mit den Worten possessionis relicta ſchließe. Alles Folgende ſei nur Anmerkung eines Gloſſators, ohne Sinn und Zweck zuſammengeſtellt, mit gram-

5) Man hat zwar ſo ausgelegt: es ſei nur geſagt, daß es eine Servitut ſei, ohne zunächſt zu entſcheiden, ob Real- oder Perſonalſervitut; dieſe Unterſuchung folge vielmehr erſt. Allein das widerſpricht der Bedeutung von tamen, mit welchem der folgende Satz eingeleitet wird; das bezeichnet ja doch einen Gegenſatz des personae relinquere und des servitus esse, alſo doch wohl den Gegenſatz von Perſonal- und Realſervitut.

matiſchen (areae tuae uti) und ſyſtematiſchen (jus gestandi trete hier „verkehrterweiſe“ als Realſervitut auf) Unrichtigkeiten, und müſſe wohl als unächt betrachtet werden. Auch dieſe Erklärung iſt freilich gewaltſam genug.

Vielleicht läßt ſich auf andere Weiſe und ohne Emendation des Textes ein befriedigender Sinn in der Stelle finden.

Ulpian wirft hier die Frage auf, ob ein Feideicommiß gültig ſei, durch welches der Teſtator wie Alimente, ſo auch aquam relinquerat, indem der Vorgang in die Gegenden von Africa oder Aegypten, wo das Waſſer verkäuflich iſt, verlegt wird. Er bejaht dieſe Frage, indem er zur näheren Beleuchtung des conſtituirten Rechtsverhältniſſes Folgendes hinzufügt: Sind keine Ciſternen im Nachlaſſe vorhanden, ſo est in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. Befinden ſich aber ſolche im Nachlaſſe, ſo gilt die letztwillige Dispoſition als Beſtellung einer Servitut. Derſelben ſteht auch das Bedenken nicht entgegen, daß das eingeräumte Recht eine servitus praedii ſei und als ſolche nur einem possessor vicinae possessionis eingeräumt werden könne. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, keine Realſervitut, daher denn der Beſitz eines praedium vicinum für den Berechtigten nicht erforderlich iſt. Das Fideicommiß iſt alſo auch für den, der kein benachbartes Grundſtück hat, gültig, weil es eben die Beſtellung nicht einer Realſervitut, ſondern einer perſönlichen Dienſtbarkeit enthält. Aber allerdings iſt ſie werthlos für den, der nicht zu dem verpflichteten Grundſtück hinzukann, qui vicinus non est; ſie iſt alſo werthlos für den, der kein praedium vicinum hat und auch ſonſt kein Recht des Zugangs zu dem belaſteten Grundſtück beſitzt. Sie iſt ſolchen Falls zwar rechtlich gültig, aber practiſch werthlos, inutiliter relinquitur: denn der Berechtigte kann ſich ihrer factiſch weder ſelbſt bedienen noch auch — haec enim aqua personae relinquitur — durch Veräußerung ſeines Rechts ſich einen Nutzen verſchaffen.

Der Sinn dieſer Stelle iſt bei ſolcher Erklärung vollkommen klar: das einer beſtimmten Perſon verliehene jus aquae, gestandi, in alio uvas premendi etc. iſt als eine Perſonalſervitut aufzufaſſen und als ſolche rechtlich gültig, wenn ſchon es in dem Falle, daß der Berechtigte nicht zu dem verpflichteten Grundſtücke (auf Grund von Eigenthum an einem praedium vicinum oder auf Grund eines ſonſtigen Zugangsrechtes) hinzu kommen kann, practiſch werthlos iſt.

Diese Auffassung enthält nicht etwa einen bloßen Wortstreit, sondern ist von practischer Bedeutung, da die thatsächliche Werthlosigkeit sehr wohl später durch den Erwerb eines Zugangsrechtes gehoben werden kann.

Nimmt man diese Auffassung als die richtige an, so bedarf die besprochene Stelle nicht der Emendationen, die man mit ihr hat vornehmen wollen; am wenigsten aber darf man die Aechtheit des zweiten Theils der Stelle überhaupt bezweifeln. Man ist auch hier wieder, wie so oft zu der Bemerkung berechtigt, daß es nicht die Schuld der römischen Juristen ist, wenn sie nicht verstanden werden.

## III. Realservituten.

### 1. Im Allgemeinen[1]).

### § 29.

Die zweite große Hauptgruppe der Servituten bilden die Realservituten: die dinglichen, d. h. zum Besten eines Grundstücks constituirten und mit diesem Grundstück verknüpften Rechte des Gebrauches oder Fruchtgenusses an einer fremden (nicht im Eigenthum des Berechtigten befindlichen) Sache.

Die Befugnisse, welche den Inhalt dieser Rechte bilden, haften untrennbar an dem berechtigten Grundstück und gehen mit diesem durch jegliche Veräußerungsart auf den neuen Besitzer über, ohne zu erlöschen. Es gewinnt daher den Anschein, als müsse dieses Grundstück selbst als das Subject der Realservitut angesehen werden, wie denn auch gewisse Stellen des römischen Rechts, z. B. l. 12 D. de serv. 8, 1; l. 31 D. de S. P. R. 8, 3; l. 31 in f. D. de negot. gest. 3, 5; l. 7 pr. D. de publican. 39, 4 eine solche Auffassung anzudeuten scheinen. In der That haben einige Juristen eine solche Ansicht aufgestellt und haben in Verfolg derselben, da ja eben nur Personen Subjecte von Rechten sein können, die herrschenden, ebensowohl als die dienenden Grundstücke für juristische Personen erklärt. Heise, Grundriß I. § 98. Böcking, Inst. § 62 d. Pand. § 36. „Diese schon ihrem Resultat nach höchst widernatürliche Ansicht" ist mit Entschiedenheit von Savigny Syst. § 103 und Puchta Pand. § 28 not. l. verworfen worden, freilich nicht ohne daß von

1) Zachariä, in Hugo's civ. Magaz. II. No. 15. Schrader, civ. Abh. No. 5.

anderer Seite und namentlich wieder von Böcking der Versuch gemacht worden wäre, sie aufrecht zu erhalten. Wie es scheint, hat man bei diesem Streite, den Ausdrücken, deren sich die Quellen bedienen, viel zu sehr ein entscheidendes Gewicht beigelegt, ohne den Zusammenhang der fraglichen Quellenstellen gehörig zu würdigen. Betrachtet man denselben näher, so kann es kaum verborgen bleiben, daß die obencitirten Stellen, welche von dem Grundstück, wie von einem berechtigten Subjecte sprechen, dieß nur um der Kürze des Ausdrucks willen thun. Man findet hierfür einen recht deutlichen Beleg in l. 1 § 18 D. 43, 20, wo sogar „pecori debetur appulsus" zu lesen ist, und in l. 13 § 1 D. 8, 3, wo „ager itineri servit" steht. Man muß ferner constatiren, daß andere Stellen ausdrücklich Personen, nicht personificirte Grundstücke als berechtigte und verpflichtete Grundstücke bezeichnen, zumal l. 17 § 3 D. de s. p. u. 8, 2: hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere; und l. 5 § 9 D. de op. n. nunt. 39, 1: jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est, ..... servitutem aedibus suis imponit. Es ist ferner auf den Wortlaut der Klagformeln hinzuweisen, welche bei einer Realservitut nicht auf das herrschende Grundstück gestellt sind, sondern immer auf den Eigenthümer desselben lauten, nämlich: jus mihi est u. dgl. [2]), so wie auch die Negatorienklage darauf ging, daß dem Verklagten keine Realservitut zustehe [3]).

Man hat schon von anderer Seite ganz richtig darauf aufmerksam gemacht, daß man mit demselben Rechte, wie man das dienende Grundstück zu einer juristischen Person erhebt, auch die bewegliche Sache, die einer Servitut unterworfen ist, zu einer juristischen Person stempeln müßte, was doch entschieden widersinnig sein würde. Es liegt übrigens auch gar keine Veranlassung vor, das Grundstück selbst zu einer juristischen Person und als solche zum Subject der Dienstbarkeit zu machen [4]). Im Gegentheil erscheint es nach

2) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5, l. 9 pr. eod. l. 23 § 2 D. de S. P. R. 8, 2.

3) l. 14 § 1, 12 D. si serv. vind. 8. 5.

4) Elvers S. 100 behauptet: das römische Recht hätte doch in einer Beziehung dem Grundstück selbst die Berechtigung zugesprochen, denn nur so ließen sich die Bestimmungen erklären, welche hinsichtlich des Verlusts durch Nichtgebrauch gelten, indem dieser nicht eintreten soll, auch wenn die Servitut nur von einem gutgläubigen Besitzer, ja von einem Besitzer in bösem Glauben geübt wird. Der Grund hiervon liege eben darin, „daß die Aus„übung der Servitut im Namen des herrschenden Grundstücks geschieht, als „ob (! also doch nicht wirklich!) eben dieses Grundstück das berechtigte Sub-

den Aussprüchen der Quellen und nach der juristischen Consequenz als das allein Richtige, den jetzigen und resp. jeden künftigen Eigenthümer und resp. Besitzer der betreffenden Grundstücke als die Berechtigten und bezüglich Verpflichteten anzusehen. Es ist das ferner gewiß einfacher und präciser, als wenn man mit Brinz, Lehrb. d. Pand. § I. § 69 und Arndt's, Pand. § 183. not. 4., die Prädialservituten „Rechte des Grundeigenthumes" nennt; denn sie sind ja kein Ausfluß des Grundeigenthums, sondern ein Zusatz zum Grundeigenthum, welcher seinen Grund und seinen Ursprung nicht in dem Eigenthum, sondern in dem Rechtsgeschäfte hat, das die Dienstbarkeit constituirte.

Mit der eben verworfenen Auffassung hängt die weitere, ziemlich allgemeine Annahme zusammen, als enthalte die Realservitut eine Erweiterung der Eigenthumssphäre des einen Grundstücks auf Kosten der Eigenthumssphäre des andern. Daß die letztere durch die Servitut nicht kleiner wird, wurde schon anderweit bemerkt. Es ist hier hinzuzufügen, daß die Eigenthumssphäre des herrschenden Grundstücks durch die Servitut nicht größer wird. Sie kann das nicht werden, ohne aus ihrem Begriff herauszutreten. Das Eigenthum an der herrschenden Sache ist wie jedes andere die volle rechtliche Herrschaft über diese Sache. Eine Erweiterung des Eigenthums in obigem Sinne ist aber keine Erweiterung der Herrschaft über *diese* Sache, sondern die Hinzufügung eines Stückes Herrschaft über eine *andere* Sache. Um den Irrthum vollständig aufzudecken, braucht man nur noch hinzuzufügen, daß die Servitut begrifflich etwas ganz Anderes, quantitativ und auch qualitativ Anderes ist, als das Eigenthum, daher die Hinzufügung einer Servitut niemals eine Erweiterung der Eigenthumssphäre sein kann. Man muß danach die übliche Darstellung, wie sie sich z. B. bei Arndt's § 183 und auch bei Windscheid § 209, wenn schon nicht so unbedingt, findet, berichtigen. Die Servituten sind keine Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück und keine Verringerung des Eigenthums am dienenden Grundstücke, sondern durchaus selbstständige Rechte. Die Personalservituten haben natürlich überhaupt keine Beziehung auf ein vorhandenes Eigenthum des Berech-

---

„ject sei." Man wird aber später, bei Abhandlung der Lehre vom Verlust der Servitut durch Nichtgebrauch zeigen, daß sich der angeführte Satz auf ganz andere Weise erklärt, ohne daß man eine Ausnahme von der obigen Regel machen muß.

tigten. Den Realservituten ist allerdings eine solche wesentlich; allein es besteht zwischen ihnen und dem Grundstück kein innerer Zusammenhang, keine organische Verbindung, sondern nur ein rein äußerlicher Zusammenhang, nur die eben auch rein äußerliche Beziehung, daß der Besitz des Grundstücks die jeweilig berechtigte Person bezeichnet.

## § 30.

Die Realservituten können an allen Arten von Grundstücken erworben werden, diejenigen Grundstücke allein ausgenommen, die dem Privateigenthum entzogen sind[1]). An herrenlosen können auch sie, wie die Servituten überhaupt stattfinden.

Erfordernisse sind:

1. ein Vortheil für das herrschende Grundstück: die Servitut soll diesem utilis sein, nicht blos dem gegenwärtigen Besitzer. Als ein solcher Vortheil wird auch die Erhöhung der amoenitas betrachtet[2]).

Es hat ferner den Anschein, als wenn hiermit die Bemerkung des Paulus l. 8 pr. D. de servit.

Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest,

im Widerspruch stände. Man hat sich viel Schwierigkeit mit Erklärung dieser Stelle gemacht, allein recht ohne Grund. Allerdings kann solche Befugniß nicht als Realservitut bestehen, da sie ersichtlich nicht zum Vortheil des Besitzes, sondern des Besitzers dient. Sie erhöht nicht die amoenitas des herrschenden Grundstücks, macht das nicht angenehmer und nicht besser, wie das ja doch eine Realservitut soll. Sie dient vielmehr lediglich zum Vortheil der berechtigten Person, (welche zufällig und rein äußerlich durch den Besitz eines Grundstücks bezeichnet wird) nicht eines Grundstücks und ist eben deßhalb keine Realservitut.

Für die Interpretation einer concreten Servitut folgt hieraus, daß sie nicht weiter ausgedehnt werden darf, als das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks fordert[3]).

So mannichfaltig die Bedürfnisse der Grundstücke sich darstellen, so mannichfaltig können auch die Dienstbarkeiten sein, welche

---

1) l. 1 § 1; l. 4, l. 13 pr. D. com. praed. 8, 4.
2) l. 8 pr. l. 15 pr. D. de S. 8, 1; cf. auch 19 cit. l. 3 pr. D. de aqua, 43, 20.
3) l. 3–6, 24 D. de S. P. R. 8, 3.

dieſe Bedürfniſſe zu befriedigen beſtimmt ſind. Die Geſtaltung derſelben geſchieht mit weſentlicher Beziehung auf dieſe Bedürfniſſe, ſie wächſt mit innerer Nothwendigkeit aus derſelben heraus. Dieſe Bedürfniſſe und die Befriedigung derſelben enthalten zugleich den beſten und zugleich den einzigen Rechtfertigungsgrund für die Anerkennung ſolcher Mannichfaltigkeit der Servitutenformen im Recht. Damit entſcheidet ſich zugleich die Unrichtigkeit der Auffaſſung, als wenn das römiſche Recht zunächſt nur die vier bekannten Formen als Realſervituten anerkannt hätte und erſt ſpäter durch den Reſpect vor der „Privatwillkür" (Elvers S. 137) veranlaßt worden wäre, auch andere als ſolche zuzulaſſen. Dieſe vier Servituten waren und ſind auch jetzt noch ſowohl für das private als für das öffentliche Intereſſe die wichtigſten, und daher kömmt es, daß ſie auch im Juſtinianiſchen Recht, wo doch längſt jener angebliche beſchränktere Standpunct verlaſſen ſein mußte, noch eine ganz beſonders ſorgfältige und ausführliche Behandlung erfahren haben.

Der Grunddienſtbarkeit wohnt die Beziehung auf den Vortheil des herrſchenden Grundſtücks als etwas ſo Weſentliches inne, daß weder das Recht, noch auch die Ausübung des Rechts ohne das Grundſtück einem Anderen übertragen werden kann[4]). Vielmehr kann ſie nur derjenige haben, welchem ein dingliches Recht auf Benutzung des herrſchenden Grundſtücks ſelbſt zuſteht, demnach der Eithümer, der Emphyteuta[5]) und der Uſufructuar. Den Uſuar[6]) führen die Quellen nicht mit auf; es möchte aber, wie ſchon oben bei Betrachtung des Uſus bemerkt wurde, nicht zu bezweifeln ſein, daß auch der Gebrauch, da er nach dem angegebenen Grunde dem Nießbrauch inſoweit gleich ſteht, zur Ausübung der vorhandenen Realſervituten, inſofern dieſelben eine Beziehung auf den Gebrauch des Grundſtücks haben, berechtigt.

Demnach kann auch die Befugniß weder durch einen Dritten, noch zu deſſen Beſten, über das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks hinaus ausgeübt werden. Zwar wollen Einige, nach dem Vorgang von Noodt, probab. lib. I, c. 2. 3. annehmen, daß ſolche Grundſätze nur dem alten Recht angehörten, während das mildere

4) l. 44 D. loc. 19, 1; l. 24 D. de S. P. R. 1, 3: Ex meo aquaeductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare, Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus aquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est.

5) l. 16 D. de serv. 8, 1.

6) l. 1 pr. l. 5 D. de usufr. 7, 6.

neuere Recht gestatte, die durch den Vortheil des herschenden Grundstücks gesetzte Grenze auch nach dieser Richtung hin zu überschreiten, sofern nur daraus dem Eigenthümer der belasteten Sache kein Nachtheil erwachse. Sie gründen diese Ansicht auf l. 33 § 1 D. de S. P. R. 8, 3 und l. 1 § 16 D. de aqu. quot. 43, 20, allein nur mit scheinbarem Recht. Denn in l. 33 cit. ist nur gesagt, daß eine solche Ausdehnung durch Verträge hergestellt werden könne, allein offenbar wird dabei an Verträge mit dem Eigenthümer der belasteten Sache gedacht und auch solchen Verträgen nur obligatorische Wirkung zugestanden, so daß hier überall keine Erweiterung des dinglichen Servitutrechts vorliegt. Auch l. 1 § 16 cit. steht mit dem aufgestellten Grundsatz nicht in Widerspruch. Die richtige Erklärung hat Vangerow § 340 Anm. 1 angedeutet. Sie ist, gehörig präcisirt, diese: der zu einer Wasserleitung Berechtigte darf nicht mehr Wasser leiten, als der Vortheil seines Grundstücks erheischt; wenn nun nicht dieses ganze Wasser aufgezehrt wird, (z. B. bei Mühlenwerken) und das übrigbleibende über ein anderes Grundstück des Berechtigten abgeleitet wird, so soll letzterer sich dieses Wassers auch zum Vortheil des anderen Grundstücks bedienen, sofern nur dem Eigenthümer der dienenden Sache kein Nachtheil daraus erwächst; es darf also auch zu solchem Zwecke nicht mehr Wasser geleitet werden, als der Vortheil des herrschenden Grundstücks begehrt.

2. Mit dem ersten Erforderniß hängt das weitere zusammen, daß herrschendes und dienendes Grundstück benachbarte seien, praedia vicina, also wenn auch nicht schlechthin zusammenhängend, continua, so doch wenigstens von solcher Lage, welche die Ausübung der inneliegenden Befugniß gestattet und die Gewährung des beabsichtigten Vortheils sichert[7]). Es muß also, wenn es sich z. B. um eine Wasserleitung handelt, ein Zusammenhang von dienstpflichtigen Grundstücken bestehen, da außerdem das entferntere nicht dienstbar ein könnte. Dagegen bedarf es bei Licht und Aussichtsservituten eines solchen Zusammenhangs nicht. Immer aber muß die Lage der beiderseitigen Grundstücke so beschaffen sein, daß sie die thatsächliche Möglichkeit des Dienstbarkeitsvortheiles gewähren. Es liegt das mit solcher zwingender Nothwendigkeit in der Natur der Realservitut, daß es davon überhaupt keine Ausnahme geben kann. Und doch will

7) l. 14 § 2 D. de serv. 8, 1; l. 1 pr. l. 38; l. 39 D. de S. P. U. 8, 2; l. 5 § 1, l. 7 § 1; l. 38 D. de S. P. R. 8, 3; l. 6 pr. D. comm. praed. 8. 4; l. 5, 6 pr. D. si S. vind. 8 5.

Thibaut civilist, Abhandl. S. 43 ff. von dem Erforderniß der Vicinität in dem Falle ganz absehen, wenn eine Realservitut von dem früheren Eigenthümer des dienenden Grundstücks bei Uebertragung des Eigenthums daran reservirt sei. Allein auch in solchem Falle würde die mangelnde Vicinität die Möglichkeit des Dienens thatsächlich ausschließen.

3. Der Vortheil muß durch eine dauernde Beschaffenheit des dienenden Grundstücks und nicht blos durch einen vorübergehenden Umstand gewährt werden: servitus perpetuam causam habere debet. Es wird also eine Eigenschaft, die dem Grundstück selbst inwohnt und damit den Fortbestand der Servitut auf die Dauer sichert, vorausgesetzt[8]). Dieses Erforderniß der Perpetuität der causa glaubt Vangerow § 340 Anm. 1 in diese zwei Sätze auflösen zu dürfen:

1. es kann als Realservitut keine Befugniß bestellt werden, deren Ausübung eine fortgesetzte Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache voraussetzen würde;

2. als Realservitut kann keine Befugniß bestellt werden, welche voraussichtlich nur kurze Zeit hindurch, wegen leicht erschöpften Vorraths des dienenden Grundstücks ausgeübt werden kann.

So richtig diese Sätze an sich sind, so geben sie doch nur zwei Fälle, in denen keine perpetua causa vorliegt, sie sind daher blose Anwendungen des Princips, ohne dieses selbst zu erschöpfen. Dieses enthält allerdings zwei Beziehungen:

a. die Causalität und

b. die Perpetuität der causa.

Es soll nämlich erstlich das dienende Grundstück den Vortheil der Servitut gewähren, denn das ist ja der Begriff der Servitut, daß eine Beziehung des nationalöconomischen Grundstückswerthes fremder Beherrschung unterliegt. Das Entspringen des Servitutenvortheils aus dieser Werthsbeherrschung: das ist das Princip der Causalität. Eine solche liegt allerdings nicht vor, wenn der Vortheil lediglich durch eine persönliche Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache gewährt wird. Ein Beispiel gewährt l. 28 D. de S. P. U.

Es soll ferner diese Causalität eine perpetua sein. Diese Per-

---

8) l. 1 § 4 D. 43, 22; l. 28 D. de S. P. U. 8, 2; l. 23 § 1 D. de S. P. R. 8, 3.

petuität mag in zwei Beziehungen verstanden werden. Einmal dahin, daß der Vortheil nicht in einem blos vorübergehenden, zufälligen Zustande des Grundstücks bestehen könne, dergestalt, daß z. B. eine Fischereigerechtigkeit an einem zufällig überschwemmten Ackerstücke nicht bestellt werden kann. Solcher Vortheil mag nicht als Servitut bestellt werden, weil es hier in der That nicht sowohl an dem Requisit der perpetua causa, als vielmehr der causa überhaupt fehlt, denn dieser vorübergehende Nutzen entspringt nicht aus der Sache selbst, sondern aus einem zufälligen außerhalb derselben liegenden Umstande. Diese Perpetuität der causa mag zweitens von der Seite betrachtet werden, daß in gewissen Fällen ihre Erhaltung mit der Ausübung einer Befugniß, die als Servitut bestellt werden soll, nicht vereinbar ist, weil eine solche Ausübung die causa selbst zerstören würde. Und hier schließt dieser letztere Umstand die Möglichkeit einer Servitutenbestellung aus, weil damit das Gebiet der Servitut verlassen und dasjenige der Sachverzehrung betreten werden würde. Im einzelnen Falle kann es vielleicht nicht ganz leicht sein, zu unterscheiden, unter welche Rubrik eine zu beurtheilende Befugniß gehört, es wird aber gewiß in keinem Falle schwer sein, gleich auf den ersten Blick zu sehen, wenn sie eine perpetua causa nicht enthält. So wird Niemand bezweifeln, daß ein zusammengewehter Haufe Sand, eine Wasserlache ohne Zuflüsse, der perpetua causa für eine Realservitut ermangelt, wenn schon man streiten kann, ob hierbei die Perpetuität in dem ersten oder zweiten Sinne, oder vielleicht gar die Causalität abgehe. Die gegebene Erklärung des Princips der perpetua causa und die Nachweisung seines Zusammenhangs mit dem Servitutenbegriff selbst setzt außer allen Zweifel, daß es auch in der neuesten Gestaltung der Servitutenlehre seine volle Bedeutung bewahrt.

## § 31.

Die Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte[1]). Der innere Grund dieses Satzes wurde schon früher, als von der Theilbarkeit des Nießbrauchs die Rede war, auseinandergesetzt[2]).

1) l. 7 D. de serv. leg. 33, 3; l. 17 D. de serv. 8, 1; l. 1 § 9, l. 7, l. 80 § 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2; l. 2 § 1, l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1; l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4.

2) Er ist angedeutet im Fragm. Pomponii: Et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat.

Sie können daher nicht zu einem Theile erworben werden[3]), und deßhalb iſt auch die Beſtellung einer Grunddienſtbarkeit durch einen Miteigenthümer des dienenden Grundſtücks rechtlich wirkungslos[4]).

Auch können ſie nicht theilweiſe verloren gehen[5]). Damit hängt zuſammen, daß das Vermächtniß einer Servitut auch nicht auf Grund der lex Falcidia angetaſtet und gemindert werden kann[6]).

Eine Theilung der Servitut tritt ſelbſt dann nicht ein, wenn das herrſchende Grundſtück getheilt wird, und die Theile in verſchiedene Hände gelangen. Schrader, civil. Abh. S. 299 nimmt zwar eine ſolche Theilung an und meint, daß alsdann mehrere verſchiedene Servituten, nämlich für jedes einzelne Theilſtück eine beſondere Servitut, entſtänden. Allein dieſe Annahme involvirte ja nicht ſowohl eine Theilung, als eine Vervielfältigung des Servitutrechts durch Vervielfältigung der Subjecte, denen dieß Recht zuſteht. Geſchieht eine Theilung des berechtigten Grundſtücks, ſo geht mit jedem Theil auf den Eigenthümer deſſelben die Befugniß über, ſich der Servitut zu bedienen, und zwar in solidum, jedoch mit der Beſchränkung auf den Vortheil ſeines Theils. Es liegt in der Natur der Grunddienſtbarkeit, daß ſie jedem Eigenthümer des Grundſtücks als ſolchem zuſteht. Ob dieſer Letztere Eigenthümer des Ganzen, oder Eigenthümer eines Theiles, eines reellen oder eines ideellen Theiles ſei, das macht keinen Unterſchied: dem einen wie dem anderen Eigenthümer iſt immer die ganze Servitut zuſtändig. Man muß, um ſich dieſes Verhältniß recht klar zu machen, bedenken, daß hier die Verpflichtung des dienenden Grundſtücks für das herrſchende das Weſentlichſte iſt. Dieſes Recht nun wird nicht ſelbſt getheilt, es wird nicht *kleiner*, wenn eine Theilung des herrſchenden Grundſtücks vor ſich geht; vielmehr werden nur die Subjecte, die zur Uebung des ganzen Rechts des herrſchenden Grundſtücks befugt ſind, vervielfältigt. Es entſteht ſolchergeſtalt eine Mehrheit von Subjecten deſſelben *ganzen* Rechts, folglich eine Mehrheit von Rechten[7]). Solche Vervielfältigung des

3) l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1; l. 32 D. de S. P. R. 8, 3; l. 6 § 1 D. comm. praed. 8, 4.

4) l. 11. 32. D. de S. P. R. 8, 3.

5) l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1; l. 30 § 1 D. de S. P. U. 8, 2; l. 34 pr. D. de S. P. R. 8, 3.

6) l. 1 § 9. l. 7. l. 80. § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2.

7) Es iſt das ein ähnliches Verhältniß, wie ich es für die Correalobligation annehme. Cf. meine „Rundſchau" ꝛc. Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. XIX. Nur beſteht der große Unterſchied dinglicher und obligatoriſcher Rechte. Während hier einmalige Ausübung das Recht conſumirt, geſtattet die perpetua

Servitutrechts erscheint ganz natürlich bei der Erwägung, daß das Subject desselben durch den Besitz des Grundstücks bezeichnet wird, daher nothwendig so viel Subjecte sein müssen als Eigenhümer resp. Besitzer des getheilten oder ungetheilten Grundstücks.

Unrichtig ist die Auffassung von Vangerow, § 340: „da nämlich bei einer Realservitut das Grundstück selbst, nicht der Eigenthümer als Subject erscheint (?!) durch eine Theilung des Grundstücks aber (einerlei ob nach reellen oder ideellen Theilen) nicht das Grundstück selbst, sondern nur das Eigenthumsrecht daran eine Veränderung erleidet, so bleibt in einem solchen Falle die früher constituirte Servitut ganz unverändert und nur die Ausübung derselben steht jetzt den Eigenthümern der mehreren Theile zu". Sowohl die Voraussetzungen als die Folgerung sind falsch; die letztere widerspricht insbesondere der l. 6 § 1 D. quemadm. s. amitt. 8, 6 — cf. weiter unten — wo der Verlust des Servitutrechts, nicht blos der Ausübung für den Eigenthümer des Theilstücks ausgesprochen wird. Eine Inconsequenz ist es ferner, wenn Vangerow weiterhin die Ausnahme von seinem Satze statuirt, daß in dem Falle, wo das herrschende Grundstück pro diviso getheilt wird, „es so angesehen" werde, „als wenn mehrere verschiedene Servituten für die verschiedenen Theile vorhanden wären." Ein solches „so ansehen" ist ein Nothbehelf, mit dem gar nichts anzufangen ist.

Durch eine reelle Theilung des Grundstücks entsteht eine Mehrheit von ebensoviel Subjecten des Servitutrechts, als Eigenthümer der einzelnen Theilstücke sind. Dieser Satz ist ganz unzweifelhaft ausgesprochen in

l. 25 D. de S. P. R. 8, 3: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur; neque ibi aut bonitatis agri, aut usus ejus aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, pretiosissima sit, aut maxime usum ejus aquae desideret, jus ejus ducendae sequatur; sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.

Wäre eine Theilbarkeit möglich, so würde sie gewiß hier erwähnt worden sein. So aber wird hier nur zweier Fälle gedacht, nämlich a) das ganze Recht folgt (jus sequitur heißt doch unzweifelhaft, daß das Recht unverändert, also ganz bei jedem Theile bleibt),

causa dinglichen Rechts eine immer wiederholte Uebung sowohl dem einen, als allen Subjecten.

nur einem Theile, oder b) es folgt ganz jedem Theile. Für das letztere entſcheidet ſich Pomponius und läßt dann nur eine Theilung des durch die Ausübung des Rechts Erworbenen, des Waſſers zu.

Den nämlichen Grundſatz enthält auch

l. 23 § 3 ib.: Quaecunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur; et ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur, et ita, ut singuli recte agant, jus sibi esse fundi.

Trotzdem behauptet Elvers S. 103, daß doch in einem Falle die Theilung einer Servitut ſtattfinde, und bezieht ſich hiefür auf

l. 6 § 1 D. quaemadm. serv. amitt. 8, 6: Si ego via, quae nobis per vicini fundum debebatur, usus fuero, tu autem constituto tempore cessaveris, an jus tuum amiseris?..... Celsus respondit, si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit; et sibi quisque dominorum usurpet servitutem, sibi non utendo deperdit, nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur, nec fit ulla injuria ei, cujus fundus servit, imo si quo melior, quoniam alter dominorum utendo sibi, non toto fundo proficit.

Dieſer ſehr practiſche Fall beſteht darin, daß das herrſchende Grundſtück reell getheilt wird. Hiervon heißt es nun, daß alsdann der Eigenthümer eines jeden Theilſtücks ſein Recht, zumal durch Nichtgebrauch, verlieren könne. Dieſer Fall enthält indeſſen nur ſcheinbar eine Theilung des Servitutrechts, in Wahrheit vielmehr zunächſt eine Vermehrung der Subjecte und dann — in Folge des Nichtsgebrauchs ꝛc.. — den Wegfall eines dieſer Subjecte. Durch dieſen Vorgang wird das Recht ſelbſt durchaus nicht geſchmälert: denn der eigentliche Kern des Servitutrechts beſteht darin, daß ein Grundſtück zum Vortheil des anderen dient, und dieſes Recht bleibt ja doch bei dem beſprochenen Vorgang ganz unberührt. Nur eins der bisherigen mehreren Subjecte des Rechts fällt weg. Inſofern ſteht das dem Fall gleich, wo einer von mehreren Miteigenthümern des herrſchenden Grundſtücks ausſcheidet. Der Unterſchied aber beſteht in Folgendem: hier wird durch die Uebung des Rechts durch die anderen Miteigenthümer auf Grund der beſtehenden Gemeinſchaft das Recht für das ganze Grundſtück erhalten. Bei einer reellen Theilung des letzteren, wie ſie l. 6 § 1 cit. vor Augen hat, iſt das weſentlich anders; hier beſteht unter den Theilbeſitzern keine Gemein-

schaft mehr, und jeder exercirt das Servitutrecht nur zu seinem und seines Theilstücks Vortheil; unterläßt daher ein Theilbesitzer die Ausübung, so verliert er die Befugniß, für sein Theilstück die Servitut zu üben, er verliert das mit diesem Theilstück überkommene Recht der Servitut.

Die Folge hiervon ist nicht, daß das ursprüngliche Servitutrecht selbst qualitativ oder quantitativ verändert und vermindert wird. Aber die Last, welche die Ausübung der Servitut dem dienenden Grundstück auferlegt, wird kleiner, denn da der Umfang der Servitutausübung sich nach dem Vortheil des herrschenden Grundstücks bemißt, das letztere aber durch das Ausscheiden eines Theils kleiner geworden ist, so ist auch der Umfang des Vortheils, welcher dem herrschenden Grundstück daraus entspringt, und der Umfang der Last, welchen das dienende Grundstück davon hat, kleiner geworden. Handelte es sich um ein obligatorisches Recht, so würde man sagen können: es sei noch dasselbe in obligatione, aber weniger in solutione.

Der eben besprochene Fall einer reellen Theilung des Grundstücks steht dem Fall ganz gleich, wenn durch Naturereignisse, z. B. durch Abschwemmung ein Theil des Grundstücks untergeht. Da dürfte es wohl Niemandem einfallen zu behaupten, daß solchenfalls ein theilweiser Verlust des Servitutrechts erfolgte. Auch hier ist das Recht selbst unverletzt geblieben, und nur der dadurch gewährte Vortheil, der sich nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks richtet, ist durch Verkleinerung des letzteren kleiner geworden.

Eine Theilung des Rechts der Grunddienstbarkeit ist bei ihrem Wesen überhaupt nicht möglich.

## 2. Einzelne Arten.

### a. Allgemeines.

### § 32.

Man unterscheidet

1) affirmative und negative Grunddienstbarkeiten, je nachdem sie dem Berechtigten eine positive Befugniß oder ein Verbietungsrecht gewähren. Dieser Unterschied ist practisch nur von untergeordneter Bedeutung.

2. S. continuae und discontinuae, je nachdem sie in Folge

einer gewiſſen Vorrichtung, Anlage ſtändig, oder durch einzelne Handlungen des Berechtigten ausgeübt werden. Dieſer Unterſchied, welcher ſich von ſpäter zu erörternder practiſcher Wichtigkeit erweiſt, findet ſich ſchon im römiſchen Recht und iſt von daher auch in neuere Geſetzbücher übergegangen.[1])

3. S. praediorum rusticorum und urbanorum. Der Unterſchied dieſer beiden in den Quellen ausdrücklich auseinandergehaltenen Arten iſt nicht ganz ſicher. Zwar ſtimmt man im Allgemeinen nach Anhalt der Quellen darin überein, daß pr. urb. ſtädtiſche, mit Gebäuden beſetzte, pr. rust. ländliche, d. h. freiliegende und zu landwirthſchaftlichen Zwecken dienende, unbebaute Grundſtücke bezeichnen, hat aber damit noch keine rechte Grenze zwiſchen beiden gewonnen.

Indem wir bezüglich der näheren Ausführung der verſchiedenen Anſichten auf Glück, Commentar Bd. 9 S. 21 ff. und Zachariae v. Lingethal's Abhandlung „über die Unterſcheidung zwiſchen s. pr. rust. und urb." Heidelberg 1844, ſowie auf die daſelbſt gegebene Dogmengeſchichte verweiſen, reſumiren wir die verſchiedenen Anſichten kurz in Folgendem:

Die Mehrzahl der Juriſten — man kann das jetzt als die herrſchende Anſicht betrachten — entſcheidet ſich nach dem Vorgang der Gloſſe dafür, das herrſchende Grundſtück als das entſcheidende Merkmal dieſer beiden Servitutenclaſſen zu betrachten. Andere wollen das dienende Grundſtück karakteriſtiſch ſein laſſen. Andere wieder verlangen, daß beide Grundſtücke, herrſchendes wie dienendes aedes ſein müßten, um die Servitut zu einer ſtädtiſchen zu machen, das ſie andernfalls immer eine ländliche ſei. v. d. Pfordten, Arch. für civ. Pr. XXII. S. 7 verſteht unter s. p. u. ſolche, bei denen wenigſtens auf einem Grundſtücke, gleichviel ob auf dem herrſchenden oder auf dem dienenden ein Gebäude ſteht, unter s. p. r. aber ſolche, die zwei unbebaute Grundſtücke betreffen, indem er zugleich mit dieſem äußeren Unterſchiede gewiſſe den Inhalt der Servituten betreffende Verſchiedenheiten verbindet.

---

1) Code Nap. art. 688: Les servitudes continues sont celles, dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme; tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues etc. — Les servitudes discontinues sont celles, qui ont besoin du fait actuel de l'homme, pour être exercées; tels sont les droits de passage, de puisages etc.

Stever, de serv. praed., 1817, Gaedke, an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit, Rost. 1826 und Vangerow faſſen den Inhalt der Servitut ſelbſt ins Auge. Sie ſehen auf die Befugniſſe des Servituteninhabers und unterſcheiden danach 3 Claſſen von Servituten: 1) habendi (z. B. s. oneris ferendi, tigni immittendi), 2) prohibendi (z. B. s. altius non tollendi, ne luminibus officiatur) und 3) faciendi (z. B. s. itineris, actus, viae, aquaehaustus). Mit dieſer Eintheilung fiele nun die in serv. urban. und rustic. praed. zuſammen, dergeſtalt, daß die erſteren die serv. habendi und prohibendi, die letzteren die serv. faciendi umfaßten, wobei es ganz gleichgültig ſei, ob die Servitut im concreten Falle einem praed. urbanum oder rusticum conſtituirt, und nicht minder, ob das dienende Grundſtück ein Gebäude oder ein nicht überbauter Platz iſt. Mit Recht bemerkt hierzu Puchta, Pand. § 183, Anm. e: nach ſolcher Auffaſſung hätten die Römer „geſagt, was ſie nicht gewollt, und gewollt, was ſie nicht geſagt.“ Es ſtehen auch der Vangerow'ſchen Anſicht die mannichfachſten, bereits anderweit hinlänglich erörterten Bedenken entgegen, die er zwar zu widerlegen verſucht, aber nicht vermocht hat. Es kann auf die desfallſigen Darſtellungen verwieſen, und mag denſelben hier nur noch Folgendes zugefügt werden. Es bleibt ganz räthſelhaft, aus welchem Grunde die Römer dieſe Dreitheilung in zwei Gruppen zuſammengezogen und die s. habendi und prohibendi zu einer Servitutclaſſe mit beſonderen gemeinſamen Merkmalen zuſammengefaßt hätten, da doch erſichtlich ein habere und prohibere gar nichts Gemeinſames haben. Weit eher congruiren habere und facere, zumal da das habere auch die Befugniß zur Vornahme gewiſſer Handlungen, z. B. Reparaturen, Wiedereinfügen des erneuerten Balkens in die dienende Mauer regelmäßig mit ſich zu führen pflegt. Auch haben dieſe beiden Arten wohl inſofern etwas Gemeinſames, als ſie in einer directen Einwirkung auf das Grundſtück ſelbſt beſtehen, während die s. prohibendi nur zur Verhinderung von Eigenthumshandlungen berechtigt. Dieſe Eintheilung wäre zum Mindeſten willkürlich.

Puchta l. c. ſchließt ſich der herrſchenden Meinung an, meint jedoch: wenn auch nach ſolcher Auffaſſung gewiſſe Befugniſſe im Allgemeinen als Inhalt beider Claſſen vorkommen könnten, ſo nähmen ſie doch in beiden Fällen einen verſchiedenen Karakter an, daher denn die Grundſätze von einer s. p. r. nicht ſchlechthin Anwendung finden könnten, wenn eine ähnliche Befugniß als s. p. u. conſtruirt

werde. Cohnfeldt, „die irregulären Servituten“ S. 82 bestreitet das, denn ein Weg oder ein Zugang könne doch in beiden Fällen genau denselben Karakter bewahren; auch seien solche Verschiedenheiten von ganz untergeordneter Art; man würde sich in's Kleinliche verlieren, wenn man diese Unterschiede beachte; schon unter zwei städtischen Grundstücke existire keine Uniformität der Bedürfnisse.

Zachariae v. Lingethal hat nicht allein das Vorhandensein einer inneren Unterscheidung von urbanen und rusticalen Grunddienstbarkeiten geleugnet, sondern auch überhaupt in Abrede gestellt, daß durchgreifende Unterschiede zwischen beiden Classen beständen. Elvers stimmt ihm darin bei. Beide Schriftsteller führen diese Unterscheidung auf eine historische Entwickelung zurück, die für das jetzige Recht keine Bedeutung mehr habe. Sie meinen nämlich, es hätten sich zuerst die bekannten Formen der Rusticalservituten iter, via, actus und aquaeductus und dann erst die Urbanalservituten entwickelt. Erst später seien die letzteren auch auf das Land, soweit sie da Anwendung hätten finden mögen, versetzt worden und hätten da, insofern das herrschende Grundstück ein praedium urbanum, Anwendung gefunden. Nach Gewinnung des Gesammtbegriffs der Servituten seien eigentlich die Namen serv. praed. urban. und rustic. überflüssig geworden, da sich keine practischen Folgen mehr daran knüpften. Allein „treu ihrem historischen Karakter“ hätte die römische Jurisprudenz die durch die geschichtliche Entwickelung der Servituten gegebene Eintheilung „im Namen und selbst im System“ beibehalten.

Die eben referirte Darstellung ist gewiß eine äußerst bedenkliche, da sie darauf hinausläuft, den Pandectisten eine Gedankenlosigkeit sonder Gleichen vorzuwerfen. Und das geschieht nur um einer unerwiesenen und unerweisbaren Hypothese willen. Es war bereits früher Gelegenheit, die Unrichtigkeit solcher historischer Phantasieen zu bemerken. Das Recht wird nicht gemacht, nicht durch eine logisch construirende Thätigkeit künstlich erzeugt, sondern es wächst in freier Entwickelung aus dem Leben heraus. Eben daher darf man auch nicht annehmen, als seien die Urbanalservituten erst später auf das Land versetzt worden, vielmehr haben sie sich mit innerer Nothwendigkeit aus den gegebenen Verhältnissen entwickelt, ohne von außenher hineingetragen worden zu sein. Uebrigens ist ja jetzt überhaupt nicht mehr nachweisbar, wie die Entwickelung dieser beiden Classen von Grunddienstbarkeiten historisch vor sich gegangen ist.

Man mag ſich daher wohl gewiſſe, auf Wahrſcheinlichkeit gebaute, Vorſtellungen davon machen, allein ſolche Phantaſieen haben keinen Anſpruch darauf, wiſſenſchaftlichen Deductionen über die Geſtaltung des römiſchen Rechts zu Grunde gelegt zu werden.

## § 33.

Ein Hauptpunct in der Entſcheidung dieſer Frage, ob zwiſchen Urbanal- und Ruſticalſervituten überhaupt eine rechtliche Verſchiedenheit beſteht, betrifft die Verpfändung derſelben.[1]) Früherhin pflegte man anzunehmen, daß zwar alle s. pr. rust., nicht aber die s. pr. urban. verpfändet werden könnten. Dieſen Unterſchied hat man zwar beſtritten, allein, wie die Mehrzahl der Juriſten annimmt, gegen die ausdrücklichen Worte der Quellen, in denen es heißt:

l. 11 § 3 D. de pignor. 20. 1: Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hyppthecae sint,

l. 12 cit.: Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat —, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Dieſe Stellen haben die allerſonderbarſten Erklärungen erfahren.

Keller, Pand. § 192, ſtellt die Anſicht auf, daß der Servitutinhaber Prädialſervituten nicht verpfänden könne. Der Eigenthümer aber könne einem praedium rusticum zu Gunſten des Pfandgläubigers ein ländliche Servitut auflegen, und zwar ſo, daß er ihm entweder von Anfang an die Servitut verkaufsweiſe beſtellt unter der Suspenſivbedingung nicht gehöriger Zahlung zu ſeiner Zeit, oder daß er ſie ihm definitiv beſtellt, und ihm auch die Ausübung anweiſt, aber unter der Reſolutivbedingung gehöriger rechtzeitiger Zahlung. Dieß ſei der Sinn der oben citirten Stellen.

v. d. Pfordten, Archiv. f. civ. Pr. XXII. S. 28 iſt der Meinung, daß die Zuläſſigkeit einer Verpfändung Seitens des Eigen-

1) Ueber die Verpfändung der Servituten überhaupt vergl. Schmid, Zeitſchr. f. C. u. Pr. N. F. V. S. 324 ff.

thümers so selbstverständlich sei, daß unsere Stellen hierauf nicht bezogen werden dürften: er versteht sie vielmehr von der Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten, und meint darum, daß der Eigenthümer jede Realservitut gültig verpfänden könne, der Servitutberechtigte aber nur eine Rusticalservitut.

Elvers dagegen l. c. S. 321 ff. ist mit Beziehung auf den § 3 der l. 11 cit. und dessen Zusammenhang mit unserer Stelle der Meinung, daß die letztere auf beide Fälle: Verpfändung durch den Eigenthümer und den Servitutberechtigten zu beziehen sei. Der Eigenthümer könne daher eine solche Verpfändung nicht vornehmen; der Servitutinhaber nur die Verpfändung einer Rusticalservitut.

Sehen wir von unseren Stellen einmal ab, so existirt eigentlich kein rechtes Hinderniß, eine solche Verpfändung von Seiten des Eigenthümers anzunehmen. Nur muß man den Fall nicht so construiren, wie Elvers thut: daß eine Servitut vor ihrer Errichtung vom Eigenthümer der zu belastenden Sache verpfändet werde. Das ist allerdings nicht möglich, denn etwas noch gar nicht Existirendes kann natürlich nicht den Gegenstand eines Rechts, also auch nicht eines Pfandrechts abgeben. Dagegen steht an sich wohl nichts im Wege, solche Fälle, wie sie Keller anführt, zuzulassen. Freilich kann man streiten, ob denn das nun eigentliche Pfandrechte seien. Ich glaube nicht. Denn die Servitut, welche Sicherheit gewähren soll, muß ein Subject haben; als solches kann der Eigenthümer natürlich nicht gedacht werden, denn sonst wäre es ja eben keine Servitut, kein jus in re. So bliebe nichts übrig, als den Gläubiger als Subject anzusehen. Dann hat dieser aber das Servitutrecht selbst, kann mithin kein Pfandrecht daran haben. Es liegt also hier in der That keine Verpfändung nach unseren heutigen Begriffen vor, sondern etwas der alten fiducia Aehnliches; wie dort eine Eigenthumsübertragung mit Resolutivbedingung, so liegt hier die Uebertragung eines jus in re vor, durch welche beide Formen die Sicherung eines Forderungsrechtes bezweckt und erreicht wird. Nach heutigem Recht erscheint nun auch das letztere Verhältniß nicht als eigentliches Pfandrecht, wiewohl es demselben äußerlich gleichsteht. Es hat nämlich, wie jenes hat oder haben kann, die Antichrese anstatt der Zinsen, und gewährt wie jenes das Recht des Verkaufs, um aus dem Erlös seine Forderung zu decken. Innerlich aber ist es von dem Pfandrecht wesentlich verschieden. Die Unmöglichkeit der Annahme eines eigentlichen Pfandrechtes zeigt sich auch weiter beim erfolgenden Verkauf:

derſelbe vermittelt nicht ſowohl den Uebergang des beſtehenden Servitutrechts auf den Käufer, bezüglich auf deſſen Grundſtück (denn eine ſolche Loslöſung von dem Grundſtück des erſten Erwerbers widerſtrebt ja dem Weſen der Realſervitut), ſondern enthält die Conſtituirung eines neuen Rechtes, welche der Gläubiger vertragsgemäß im Namen und Auftrag ſeines Schuldners, des Eigenthümers der dienenden Sache vornimmt. Man ſieht alſo, daß dieſes complicirte Rechtsverhältniß überhaupt gar keine Verpfändung ſein kann.

Kehren wir zu dem zurück, was die citirten Stellen darüber ſagen, ſo entſtehen die Fragen: 1) beziehen ſich dieſe Stellen auf beide Fälle oder nur auf den einen oder den anderen, und 2) was beſtimmen ſie in dieſer Beziehung.

In Bezug auf den erſten Punkt dürfte man wohl der Elvers'ſchen Anſicht beiſtimmen müſſen. Denn in § 2 cit. hatte es geheißen: Ususfructus an possit pignori hypothecaevedari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet, und die Entſcheidung war für beide hier ausdrücklich aufgezählte Fälle gleichmäßig gegeben worden, indem der Juriſt als Grund der Entſcheidung die Frage hinwirft: nam et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Wenn nun unmittelbar darauf in § 3 cit. und l. 12 cit. ſchlechthin von pignori dari, convenire ut hypothecae sint, pignoris conventio geredet wird, ſo ſind hier eben beide Fälle gemeint, denn anderufalls hätte ja doch der Fall, den man nicht mit darunter begreifen wollte, ausdrücklich ausgeſchloſſen werden müſſen. Selbſt die allerkünſtlichſte Interpretation dieſer Stellen wird das nicht wegdisputiren können. Vielmehr wird man annehmen müſſen, daß die Stellen ebenſo von einer Verpfändung durch den Servitutberechtigten, wie von der pfandweiſen Beſtellung einer Servitut durch den Eigenthümer reden. Wiewohl, wie ſich oben ergab, der letztere Fall kein Fall eigentlicher Verpfändung iſt, ſo wird doch auch dieſer in der Kürze des Ausdrucks darunter mitbegriffen.

Es fragt ſich weiter, was beſtimmen die citirten Stellen für dieſe Fälle. Die gewöhnliche Auffaſſung iſt dieſe. Uſusfruct und Ruſticalſervituten können verpfändet werden, (Uſus und) Urbanalſervituten nicht. Daß das letztere richtig iſt, bedarf keines Wortes der Beſtätigung. Anders verhält es ſich mit der Verpfändung des Uſusfructs und der Ruſticalſervituten; deren Zuläſſigkeit in dem

Sinne, wie man es gewöhnlich nimmt, iſt in obigen Stellen nicht ausgeſprochen und konnte darin nicht ausgeſprochen werden, denn ſie würde eine vollſtändige Umkehrung des Weſens der Servituten enthalten haben.

Der Fall der Verpfändung eines Uſusfructus wurde ſchon oben abgehandelt und nachgewieſen, daß auch deſſen Verpfändung keine Verpfändung des Rechts ſelbſt, und der nachfolgende Pfandverkauf kein Verkauf des Rechts ſelbſt, ſondern nur ſeiner Ausübung ſei. Wenn dieſer Nachweis gelungen iſt — das wird freilich vorausgeſetzt —, dann iſt damit auch die Grundlage des Nachweiſes gegeben, daß die Quellen ein gleiches Verhältniß bei Verpfändung der Ruſticalſervituten annehmen.

Ja es iſt hier noch viel deutlicher ausgedrückt, daß es ſich um einen ganz außerordentlichen Schutz eines vertragsmäßigen Verhältniſſes handelt.

Es heißt in der oben abgedruckten l. 12 Dig. 20, 1, Pomponius ſei der Anſicht: wenn eine ſolche pactio, pignoris conventio vorliege, ſo müſſe auf Grund derſelben dem Gläubiger auf ſo lange, als er noch nicht bezahlt ſei, die Ausübung der Servitut geſtattet werden; auch müſſe ſolchenfalls dem Gläubiger nach Ablauf der Zahlungsfriſt das Recht zuſtehen, die Servitut an einen vicinus zu verkaufen, quae sententia — ſetzt Paulus hinzu — propter utilitatem contrahentium admittenda est. Das iſt doch deutlich genug.

Vollſtändig lautet dieſe Argumentation folgendermaßen. Die Verpfändung einer Ruſticalſervitut iſt — wie die einer Servitut überhaupt — ungültig. Um aber darauf abzielende Verträge aufrecht zu erhalten, wird dem Gläubiger die Ausübung der Servitut als Antichreſe und nach Ablauf der Zahlungsfriſt ein Recht zum Verkauf gegeben. Dieſer Verkauf aber iſt kein Verkauf des Rechts, ſondern ein Verkauf der Ausübung deſſelben, wie oben bei Auslegung der l. 11 § 2 cit. für den Uſusfruct nachgewieſen wurde. Es wurde da gezeigt, daß vendere servitutes in der Regel in dem Sinne gebraucht wird, daß das Recht beim Servitutberechtigten verbleibt und nur die Befugniß zur Ausübung auf den Käufer übergeht. Nur in dieſer Beſchränkung iſt auch dieſe Stelle zu verſtehen.

Es ſpricht auch mehr als ein innerer Grund dafür, eine Verpfändung des Rechts ſelbſt nicht anzunehmen.

Denn, wenn eine Veräußerung der Ruſticalſervitut auf Grund

der Verpfändung derselben und des nachfolgenden Pfandverkaufes zugelassen wird, warum sollte eine Veräußerung derselben nicht auch auf anderem Wege stattfinden können? Es liegt doch in der Consequenz der Sache, daß alsdann die Veräußerung schlechthin gestattet sein müßte.

Die Veräußerung auf anderem Wege wird aber in der That nicht zugelassen, und zwar mit Recht, da ein thatsächlicher und ein rechtlicher Grund dagegen sprechen.

Eine Schwierigkeit steht nämlich in den meisten Fällen insofern entgegen, als der thatsächliche Stoff der concreten Servitutbefugniß durch die Uebertragung derselben auf ein anderes Grundstück regelmäßig verändert werden würde. Man setze den Fall: die Servitut eines Weges zu einem dem Vergnügen gewidmeten Landgut sollte veräußert und einem Steinbruch übertragen werden; hier würde natürlich durch das häufigere Befahren des dienenden Grundstücks mit schwer belastetem Fuhrwerk die Lage des dienenden Grundstücks weit schlechter, die Servitut eine wesentlich härtere, als die ursprünglich bestellte. Und doch würde, wenn die Veräußerung unbedingt gestattet wäre, der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nichts dagegen thun können, denn die Servitut darf ja (sofern nicht vertragsmäßige Beschränkungen vorliegen), in dem Umfange geübt werden, wie es das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks erheischt. Es wäre damit die Sonderbarkeit gegeben, daß der ursprünglich Berechtigte dem ursprünglich Verpflichteten gegen die Bestimmungen der Servitutenbestellung, also gegen seinen Willen ohne Weiteres eine größere Last auferlegen könnte. Die Annahme solcher Möglichkeit widerstreitet allen Rechtsprincipien und ist deßhalb zu verwerfen. Sie wird vermieden, sofern die Uebertragbarkeit nur der Ausübung angenommen wird, denn diese hat sich selbstverständlich innerhalb der Schranken zu halten, welche durch den Umfang der Bedürfnisse desjenigen Grundstücks, für welches die Servitut ursprünglich bestellt wurde, bezeichnet werden.

Es würde ferner durch solche Uebertragbarkeit des Rechts selbst auf ein anderes Grundstück die Natur der Realservitut vollständig verwischt. Für diese ist ja so recht karakteristisch, daß sie mit dem herrschenden Grundstück in unlösbarer Verbindung, welche aus der directen Beziehung auf den Vortheil dieses Grundstücks entspringt, steht und stehen muß. Die Vernichtung dieser Beziehung

und die Lösung dieser Verbindung würde bewirken, daß die fragliche Befugniß aufhörte, eine Realservitut zu sein.

Sind alle diese Gründe richtig, so gilt also der Satz: daß nicht das Recht der Servituten, sondern nur ihre Ausübung verpfändet und veräußert werden kann, aber auch das ist ausgeschlossen bei Urbanalservituten. Es erübrigt nun noch, den Grund dieser letzteren Ausnahme aufzufinden.

Nach dem Vorgang von Rudorff in Richter's und Schneider's Jahrb. XV. S. 322 ff. hat man den Grund darin gesucht, daß nur Rusticalservituten selbstständig, ohne das herrschende Grundstück besessen werden könnten, Urbanalservituten nur mit dem herrschenden Grundstücke; da nun das Pfandrecht Besitzübertragung erfordere, so seien folgeweise nur Rusticalservituten, nicht auch Urbanalservituten verpfändbar. Man mag ganz dahin gestellt sein lassen, ob der Satz richtig ist, daß das Pfandrecht Besitzübertragung erfordere (sind ja doch auch Forderungen als Gegenstand des Pfandrechts anerkannt), und wird, selbst wenn man denselben zurückweisen müßte, doch eine Ahnung des richtigen Verhältnisses in dieser Ansicht finden. Der Grund nämlich ist der, daß die Urbanalservituten nicht ohne das herrschende Grundstück ausgeübt (nur das „besessen" bedarf der Correctur) werden können. Es ist das nicht eine rechtliche, sondern eine thatsächliche Unmöglichkeit ihrer Veräußerung.

Man muß dabei die einzelnen nachweislichen Arten der Urbanalservituten betrachten. Es kommen vor:

1) Ein- und Ueberbau und Aehnliches: serv. tigni immittendi, oneris ferendi, luminum, projiciendi, protegendi.

2) Abfluß und Abzug, s. stillicidii, fluminis, cloacae, latrinae.

3) Licht und Aussicht, ne luminibus officiatur, ne prospectui officiatur.

4) Jus altius non tollendi (und tollendi).

5) Außerdem können auch gewisse Befugnisse, welche sonst als Rusticalservituten bezeichnet werden, bei städtischen Grundstücken vorkommen und scheinen dann als Urbanalservituten angesehen werden zu müssen, so iter und actus und aquaeductus.

Alle diese Servituten sind nach ihrer thatsächlichen Beschaffenheit keiner Ausübung ohne das herrschende Grundstück fähig.

Einmal nämlich bestehen sie in besonderen Vorrichtungen des herrschenden Grundstücks, welche zugleich bestimmte Stellen des die-

nenden Grundstücks ergreifen, wodurch die Unmöglichkeit einer Loslösung gegeben ist, so bei den unter 1—3 aufgezählten Servituten. Bei der Servitut ne luminibus officiatur trifft das insofern zu, als Fenster des herrschenden Grundstücks da sind, denen Licht und Aussicht nicht genommen werden darf. Handelt es sich um das Verbot der Schmälerung von Licht und Aussicht überhaupt, so kann natürlich von einer bloßen Ausübung eines solchen Rechts, so wenig als bei dem jus altius non tollendi die Rede sein. Denn so bald das entgegenstehende Handeln versucht wird, und ein Verbot desselben erfolgt, so geschieht das kraft des Rechts selbst; eine thatsächliche Ausübung aber, ein uti ist natürlich bei Servituten, die nur ein Verbot gewähren, gar nicht denkbar.

Was die unter 5 aufgeführten Rechte betrifft, so muß man wohl zugeben, daß sie wirkliche Urbanalservituten seien. Sind sie das, so werden sie eine gewisse Verschiedenheit von den correspondirenden Rusticalservituten haben, so gut wie die servitus cloacae, deren Inhalt auch als Rusticalservitut vorkommen kann und vorkommt. Auch hier nämlich zeigt das herrschende Grundstück eine gewisse Vorrichtung, welche zugleich die Servitut auf einen bestimmten Punct des dienenden Grundstücks fixirt. Die s. cloacae und s. aquaeductus setzen eine Maueröffnung voraus, die s. itineris und actus eine Thür in dem herrschenden Grundstück (vergl. die janua in l. 20 § 1 D. 8, 2).

Wegen dieser Vorrichtung des herrschenden und bezüglich auch des dienenden Grundstücks, welche nicht von denselben getrennt werden kann, und wegen der durch solche Vorrichtung gegebenen Fixation der Servitut auf bestimmte Theile des herrschenden und dienenden Grundstücks ist eine Loslösung der Servitut und eine Uebertragung derselben auf ein anderes Gebäude thatsächlich unmöglich. Sie ist ferner wegen der gedachten Fixation auch rechtlich unzulässig.

---

Kehren wir nach dieser Abschweifung, welche gewisse Verschiedenheiten der Servitutes praed. urban. und rustic. aus den Quellen nachzuweisen bestimmt war, zu dem Ausgangspunct zurück, so ist noch Folgendes nachzutragen:

Allerdings ist das logische Kriterium der Unterscheidung lediglich das herrschende Grundstück. l. 1 D. de servit. 8, 1 sagt:

Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum. Ich bin nicht zweifelhaft, daß dieſer Satz das berechtigte Subject als das allein Entſcheidende hinſtellt. Wenn dann in obiger Stelle weiterhin als Erklärung und als Beiſpiele von s. rerum hinzugefügt wird: ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum, ſo ſcheint es mir um der Conformität mit dem Vorausgegangenen willen nur geſtattet anzunehmen, daß auch hier das berechtigte Grundſtück und nur dieſes entſcheide. Sollte es anders ſein, ſo fände ſich das ſicher an dieſer Stelle oder anderswo ausdrücklich geſagt, was aber nicht der Fall iſt. Ferner iſt der in § 3 J. II, 2 und pr. J. II, 3 für dieſe Rechte gebräuchliche Ausdruck „jura praediorum urbanorum" zu betonen, was doch ſprachlich nur heißen kann: Rechte der fraglichen Grundſtücke, nicht Rechte an denſelben, jura in re. Ueberall wird immer auf das herrſchende Grundſtück geſehen, daher es denn auch in § 3 J. II, 3 heißt: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium, nun doch wohl entweder ein urbanum oder rusticum praedium.

Noch entſcheidender iſt endlich:

l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4: Ideo autem hae servitutes pradiorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt, nemo enim potest acquirere servitutem vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium,

denn darin iſt mit dürren Worten geſagt, daß das herrſchende Grundſtück entſcheidet.

Daß übrigens mit dieſem Unterſchied in gewiſſen Beziehungen auch der Umfang der conſtituirten Befugniſſe zuſammenhängt, iſt klar, und darin, weniger in der theoretiſchen Seite finde ich das Weſentliche des ganzen Unterſchiedes. Die Bedürfniſſe ländlicher und ſtädtiſcher Grundſtücke ſind zwar in manchen Beziehungen gleich, daher auch gewiſſe Befugniſſe in beiden Geſtalten von Servituten vorkommen können[2]). Im Allgemeinen aber ſind die-

2) Man hat für dieſe parallelen Dienſtbarkeitsformen den geiſtloſen Ausdruck: „irreguläre Realſervituten" erfunden, indem man ſie ſo betrachtet, als wären Servituten, die regelmäßig Ruſticalſervituten ſeien, irregulär auch als Urbanalſervituten vor und umgekehrt, während das Referat doch ſo lauten muß, daß gewiſſe zum Servituteninhalt geeignete Befugniſſe theils als Urbanalſervituten, theils als Ruſticalſervituten vorkommen, was dann keine Irregularität iſt.

selben doch höchst verschieden, und diese Verschiedenheit der Befugnisse, der thatsächliche Stoff ist es, welcher diese beiden Gruppen von einander abscheidet. Alles, was die Quellen in ihrer ausführlichen Darstellung dieser beiden Servitutenformen bringen, ist mehr oder minder darauf berechnet, Regeln für die Abgrenzung der Befugnisse im concreten Falle, also Interpretationsregeln in diesem Sinne, insofern es sich nämlich um die Bestimmung des Umfangs der Befugniß handelt, zu geben.

### b. Einzelne Gebäudedienstbarkeiten.

### § 34.

Die affirmativen Servituten dieser Art enthalten regelmäßig die Befugniß zu einer gewissen Vorrichtung auf dem herrschenden Grundstück, theils mit unmittelbarer Fortsetzung auf das dienende Grundstück, theils mit anderer Wirkung auf dasselbe. Solche sind:

Serv. tigni immittendi.

Serv. oneris ferendi. Diese Servitut enthält für den Eigenthümer des dienenden Grundstücks die in den Quellen ausdrücklich ausgesprochene Verpflichtung, die Mauer in ordentlichem Stande zu erhalten; nur zu stützen braucht der Verpflichtete das onus nicht während der Reparatur. Man stößt sich sehr an diese Bestimmung, in der man eine Abweichung von dem Grundsatze: S. in faciendo consistere non potest, findet. Nur Puchta § 184 sagt: „es ist das keine Ausnahme von dem Grundsatz s. i. f. c. n. p., der keine Ausnahme haben kann, sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte." Allein diese Erklärung ist nichts weiter, als eine Spitzfindigkeit, denn eine reparirte Mauer stellen ist überhaupt nichts anderes, als: die Mauer repariren lassen, es ist wie dieses ein facere oder, wenn man will, vielmehr ein dare, wie es in l. 33 D. de S. P. U. heißt: quemadmodum si quis alicui cavisset ut servitutem praeberet, quae onus suum sustineret, si ea res, quae servit et tuum onus ferret, periisset, alia in locum ejus dari debeat.

Mühlenbruch im Arch. f. civ. Pr. XIV S. 342 ff. giebt seine Erklärung dahin, daß man das Nachbarrecht gleich mit in die bestellte Servitut aufgenommen und durch Interpretation der üblichen Be-

gründungsformel dieſer Servitut zu der Annahme gelangt ſei: der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks habe die Reparaturverpflichtung übernommen. Allein damit iſt noch nicht erklärt, wie die actio confessoria als dingliche Klage auch mit auf die Verfolgung dieſes obligatoriſchen Elementes gehen konnte.

Emmerich, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. 19 S. 469 ff. deducirt aus l. 33 D. 8, 2: Eum debere columnam, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent, non eum qui imponere vellet; nam quum in lege aedium ita scriptum esset: paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quae servit, et tuum onus ferret, periisset, alia in locum ejus dari debeat, indem er darin geſagt findet, daß der Vertrag in scriptis errichtet worden ſei, daß aus der Scriptur allein auf Erfüllung geklagt werden konnte, und daß dieſe das einzige Mittel geweſen, um gewiſſe beſondere Rechte, die nicht in der regelmäßigen Natur des Rechtsgeſchäfts lagen, auszubedingen. Das Scriptum ſei die nothwendige Form des eine s. o. f. beſtellenden Vertrages geweſen, „da auf eine andere Weiſe gegen die Natur der Servituten, insbeſondere gegen die Natur der actio confessoria nicht beſtimmt werden konnte, daß gegen den Servitutberechtigten nicht mit der actio damni infecti, ſondern mit der act. conf. ſofort auf Reparatur geklagt werden könne.“ Er bringt das in Zuſammenhang damit, daß die serv. pr. urban. nur durch in jure cessio hätten beſtellt werden können, daß bei ſolcher Form jenes Scriptum eine öffentliche und privilegirte Urkunde wurde, die, zumal durch Addiction des Prätors eine auch Dritte verbindende Kraft erhalten habe. Es ſcheint jedoch dieſe Argumentation nur eine Reihe von Sprüngen ohne richtige Vorderſätze und ohne Zuſammenhang zu ſein. Auch finde ich nicht, daß die Stelle den Ausdruck scribere ſo betont, daß ſolche Schlüſſe daraus gezogen werden könnten, zumal es am Schluß der Stelle einfach cavere, offenbar gleichbedeutend mit jenem legem scribere heißt. Die Gloſſe ſetzt mit dieſer Stelle die l. 1 § 23 D. 39, 3 in Parallele, wo wir conditionibus agrorum leges dictas leſen, offenbar in ganz gleicher Bedeutung wie scriptas. Scribere

iſt daſſelbe wie conscribere in l. 39 D. de pactis 2, 14, wo offenbar nicht blos an ſchriftliche Abfaſſung gedacht wird. Auch bei der Bemerkung des Vitruv. l. 1 cap. 11: ut legibus scribendis prudentia caveri possit et locatori et conductori, wird man ſchwerlich blos an ſchriftliche Beredungen denken dürfen. Auch die Analogie der im Erbrecht üblichen Ausdrücke, heredem scribere etc. beweiſt, daß man dieſes scribere nicht wörtlich zu nehmen habe.

Unter allen Umſtänden haben dieſe Erklärungen etwas überaus Künſtliches.

Richtig allein iſt die Erklärung von Leiſt, die Natur des Eigenthums S. 129 not. 3. Dieſer führt aus, daß die Verpflichtung, die Unterſtützungsmauer zu repariren, ein rein obligatoriſches Moment iſt, welches nicht zum Servitutenbegriff gehört, denn dieſem zufolge würde der Untergang der Mauer auch den Untergang der Servitut nach ſich ziehen. Leiſt findet, daß dieß gegen den Willen der Parteien ſein würde, die vielmehr die obligatoriſche Verpflichtung zur Stellung einer anderen Mauer, auf welche die Servitut übergeht, begründen wollten, denn andernfalls würde ja die Servitut keine Dauer haben; dieſe voluntäre Satzung ſei utilitatis causa vom poſitiven Recht gebilligt und zu einem Theil des Servitutrechts, verfolgbar mit der einfachen Servitutenklage gemacht. In der That ſcheint dieſe Erklärung die einfachſte und natürlichſte; die fragliche Verpflichtung iſt keine aus dem Begriff der Servitut als eines dinglichen Rechts folgende, ſie iſt vielmehr obligatoriſcher Natur; wegen ihrer unbedingten Nothwendigkeit für die Erhaltung des Servitutrechts iſt aber utilitatis causa im poſitiven Recht beſtimmt worden, daß auch ſie mit der Servitutenklage ſoll geltend gemacht werden können.

Fernere Gebäudedienſtbarkeiten ſind:

S. projiciendi, das Recht des Vorbaues, protegendi, das Recht des Vordaches;

S. stillicidii oder fluminis recipiendi, das Recht, den Abfluß des Regenwaſſers im Tropfenfall oder geſammelt auf das benachbarte Grundſtück gehen zu laſſen (Traufrecht).[1])

S. luminum, das Recht Fenſter in der Wand des Nachbarn oder in einer auf der Grenze ſtehenden, alſo pro diviso gemeinſamen Wand zu haben. Man hat einen recht unpractiſchen Streit geführt,

1) l. 2. 17 § 3, l. 20 § 2—5; l. 28 in f. D. h. t.

ob diese Dienstbarkeit mit der in den Quellen erwähnten s. fenestrarum identisch sei.[2])

S. cloacae, das Recht, Spül- und Waschwasser auf das dienende Grundstück abzuleiten.[3])

S. latrinae, das Recht, einen Abtritt oder eine Düngerstätte auf fremdem Boden zu haben oder zwar auf eigenem, aber doch näher an dem fremden als sonst gestattet wäre.[4])

Bekanntlich hat das deutsche Recht in Particularrechten gewisse gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums, s. g. Legalservituten constituirt, wie das Lichtrecht, das Hammerschlagsrecht und Leiterrecht.[5]) Da nun, wo diese Beschränkungen nicht bestehen, können sie durch Privatrechtstitel als Servituten constituirt werden, wie umgekehrt, wo sie bestehen, die Befreiung davon als negative Servitut vorkommen kann.

Die negativen Gebäudedienstbarkeiten sichern dem herrschenden Grundstück durch das Verbot benachtheiligender Einrichtungen ꝛc. auf dem dienenden Grundstück einen Vortheil zu. Beispiele dieser Art sind:

S. altius non tollendi, welche die Verkümmerung von Sonne, Licht und Aussicht durch Bauten auf dem Nachbargrundstücke verhütet.[6])

S. ne luminibus oder ne prospectui officiatur verhindert und verbietet die Beeinträchtigung von Licht und Aussicht.[7])

### c. Einzelne Felddienstbarkeiten.

### § 35.

Der Inhalt auch dieser Dienstbarkeiten bestimmt sich nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks. Wie schon bemerkt, sind diese mit denen städtischer Grundstücke in einigen Beziehungen identisch, in anderen zeigen sie erhebliche Abweichungen.

Als größere Gruppen der Felddienstbarkeiten scheiden sich ab:

a. die Wegegerechtigkeiten,

im römischen Recht unter dem Namen iter, actus und via vorkom-

2) Wangerow § 342 Anm. 1.
3) l. 7 D. 8, 1; l. 1 § 1 D. 43, 23; l. 2 pr. D. 8. 3.
4) l. 17 § 2 D. 8, 5.
5) cf. Gerber, deutsches Privatrecht §§ 86. 87.
6) l. 2. 4. 12. D. h. t.
7) § 2 J. de act. 4, 6; l. 3. 4. 12—15. § 2. l. 22. 23 D. h. t.

mend. Diese drei Formen hängen mit dem römischen scharf ausgebildeten Sprachgebrauch zusammen, der natürlich für uns keine Bedeutung hat, und es ist eine unnöthige und zielloſe Mühe, die Terminologie des römischen Rechts historisch festzustellen, oder gar (wie man durch die angeblich correspondirenden Ausdrücke: „Fußsteig, Viehtrift, Fahrweg" versucht hat) in das heutige Recht zu übertragen. Soweit es sich im letzteren um die Interpretation des Umfangs einer bestehenden Wegegerechtigkeit handelt, wird man sie nicht nach der Schablone der drei römischen Formen behandeln dürfen, sondern auf die Absicht der Parteien, bezüglich auf Sitte und Gewohnheit des Orts und auf die concreten Verhältnisse und Bedürfnisse von herrschendem und dienendem Grundstück zu sehen haben, wonach dann, soweit sie passen, die römischrechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind.

b. Wasserleitungsrechte

und ähnliche. Hierher gehören S. aquaeductus, aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus.

c. Weiderechte.

Diese Gruppe von ländlichen Dienstbarkeiten, schon bei den Römern von nicht geringer wirthschaftlicher Bedeutung, hat im deutschen Recht ganz besondere Ausdehnung und Ausbildung erhalten. Das deutsche Recht kennt eine Fülle von Weiderechten, die nicht alle dinglicher Natur sind, und die, soweit sie dies nicht sind, uns hier nur insofern interessiren, als sie mit dinglichen Weiderechten zusammentreffen. Der Fall der letzteren Art, ein Fall der so wichtigen Koppelhut, ist die gemeinschaftliche Hütungsbefugniß Mehrerer auf demselben Grundstücke und kommt vor als entsprechende concurrirende Befugniß des Eigenthümers und Servitutberechtigten auf dem Grundstück des Eigenthümers (jus compascendi), ferner mehrerer Servitutberechtigter auf dem Grundstück eines Dritten (jus compascui), sodann mehrerer zur Weide auf den Gemeindegrundstücken berechtigten Gemeindeglieder (jus compasculationis),[1]) und als die gegenseitige Weidebefugniß Mehrerer auf den ihnen eigenthümlichen Grundstücken (jus compasculationis reciprocum).

Als umfassendste Art aller Weideservituten ist die Schäferei-

1) Ob hier eine Servitut vorliegt oder nicht, ist eine Thatfrage, und es ist nicht gerechtfertigt, für das eine oder das andere eine Vermuthung aufzustellen, wie mancher Rechtslehrer, und wie das preußische Landrecht Th. 1 tit. 22 § 135 u. 136 thut.

gerechtigkeit zu betrachten, welche in dem Recht besteht, seine Schafheerde auf den der Servitut unterworfenen Grundstücken einer Feldflur weiden zu lassen.[2])

Wo eine Bestimmung über die Zahl der aufzuweidenden Thiere vorhanden, da ist dieselbe maßgebend. Andernfalls dürfen nur so viel gehalten und geweidet werden, als das Futter, welches auf dem berechtigten Grundstück erwächst, im Winter ernähren kann, wobei selbstverständlich auch das anderweite zur Landwirthschaft des Berechtigten gehörige Vieh mit gerechnet wird.

Der Umfang der Weideberechtigung nach Zeit ist höchst verschieden; auf Wiesen darf sie nur während der s. g. offenen Zeiten, welche sich nach Ortsgewohnheit oder sonstiger Bestimmung richten, im Artlande nach abgebrachter Ernte, auf nicht besömmertem Brachfelde (dessen Besömmerung nach Ortsgebrauch sich zu richten hat) aber stets, ebenso auf Lehden und anderer nicht in Cultur befindlicher Länderei stets ausgeübt werden.

Sofern die Schäfereigerechtigkeit nicht ausschließlich ist, entscheiden über das eigene Weiderecht des Eigenthümers, seine Berechtigung zu Aenderungen des Grundstücks ꝛc. die allgemeinen Grundsätze der Servitutenlehre. Es folgt daraus zumal, daß er die offenen Zeiten durch chicanöses Hinausschieben der Ernte ꝛc. nicht verkürzen darf; sein eigenes Vieh darf nur das abweiden, was die Thiere des Weideberechtigten nicht bedürfen; die Behandlung der Grundstücke in herkömmlicher Weise ist ihm gestattet, unter gleicher Beschränkung auch eine Kulturveränderung, nur eine völlige Veränderung der Benutzungsweise, wie der Umbruch einer Wiese und ihre Umwandlung in Artland ist ihm verwehrt.

Dem Servitutberechtigten bleibt übrigens gestattet, seine Befugnisse auch durch Andere, selbstverständlich unter Einhaltung der qu. Viehzahl ausüben zu lassen.[3])

Die mehreren zur Koppelhut Berechtigten haben im Zweifel

---

2) Keine Servituten sind die oft vorkommenden Rechte des Hordenschlags oder Pferchrechts (wonach die Schafe des Schäfereiberechtigten des Düngers wegen auf Grundstücken des Berechtigten lagern müssen) und des Stabrechts (demzufolge die Schafe der diesem Recht Unterworfenen nur durch den Hirten des Berechtigten getrieben und geweidet werden dürfen). Eine römischrechtliche Servitut ist ferner nicht das Recht der s. g. Untertrift, d. h. die Befugniß, seine Schafe in die Heerde eines Anderen einzutreiben, vergl. Entscheidungen des Tribunals zu Celle, 5. Jahrg. Nr. 2.

3) Hagemann, practische Erörterungen. Bd. 4. Nr. 58.

gleiche Rechte, mithin auch gleiche Verluste, wenn eine Abnahme der Weide eine Verminderung des Weideviehs zur Folge hat.

Es existiren übrigens an einzelnen Orten ausschließliche Schäfereigerechtigkeiten, denen zu Folge nicht allein der Berechtigte mit seinen Schafen den Weidebezirk zu beweiden, sondern auch die Eigenthümer der in diesem Bezirk liegenden Grundstücke von der gleichzeitigen Beweidung mit ihren Schafen auszuschließen berechtigt ist. Man hat angenommen, daß die Grundsätze der römischen Prädialservituten „zwar analog, aber nur soweit es die Natur des Rechtes gestattet", auf dieses deutschrechtliche Institut anzuwenden seien. Dabei will man übrigens auch den Erwerb durch unvordenkliche Zeit zulassen. [4])

d. Triftrechte,

als die Befugniß, Vieh über eines Dritten Grundstück zu treiben. In der Regel wird die Breite des Triftweges durch unvordenklichen Besitzstand oder durch Uebereinkunft bestimmt sein; andernfalls ist eine Bestimmung durch Sachverständige, welche bei ihrem Urtheil die Größe der Heerde zur Grundlage nehmen müssen, erforderlich.

Insofern dem Triftberechtigten nicht zugleich das Weiderecht auf den fraglichen Grundstücken zusteht, muß er Ersatz für alle von seinen Thieren daselbst abgefressenen Früchte leisten. An und für sich ist er auch nicht berechtigt, zu verlangen, daß sich der Verpflichtete durch irgend welche Vorkehrungen gegen solche Schadenstiftung sichere, es müßte denn sein, daß durch besonderen Rechtsgrund eine solche Verpflichtung constituirt wäre.

e. Servituten an Waldungen.

Sie sind höchst mannichfaltig, die häufigsten sind:

1) die Mastgerechtigkeit, das Recht Schweine in fremden Wald zu treiben und von den abgefallenen Eicheln ꝛc. zu mästen. Bei ungünstigem Ausfall des Eichelertrags — s. g. Faselmast oder Viertel- oder Sprangmast im Gegensatz der halben, Dreiviertel- und vollen Mast — cessirt jedoch die Ausübung dieser Gerechtigkeit insoweit, daß alsdann der Berechtigte den Wald ganz zu schließen oder wenigstens eine Minderung des Eintriebes zu verlangen befugt ist. Sachverständige haben im concreten Falle zu entscheiden.

2) das Beholzungsrecht, das Recht, entweder den gesammten Bedarf an Bau- oder Brennholz, oder ein gewisses Quantum desselben

4) cf. Entscheidungen des Tribunals zu Celle, 5. Jahrg. Nr. 100.

aus fremdem Walde zu nehmen, sei es nach eigenem Gutdünken, sei es, was die Regel bildet, nach örtlicher Anweisung des Verpflichteten. Vom Nießbrauch an einem Walde wird sich dieses beschränktere Recht meist leicht unterscheiden lassen. Dagegen kann es im concreten Falle zweifelhaft sein, ob eine Realservitut oder eine Reallast vorliege, denn nicht immer kennzeichnet sich das eine als ein Nehmen des Berechtigten, das andere als ein Leisten des Verpflichteten. Die Entscheidung dieser Frage wird in der Regel nur durch ein Zurückgehen auf die Entstehung des concreten Verhältnisses mit Sicherheit gefunden werden können.

3) Andere Nutzungen sind die Raff- und Leseholzgerechtigkeit, das Buchecker- und Eichellieferecht, das Recht auf Laubholen und Waldstreu, auf Harzscharren und Theersieden ꝛc., die jedoch nicht blos als Servituten vorkommen. Particulargesetze pflegen hierüber ausführliche Bestimmungen zu enthalten.

4) Die Weiderechte in fremden Waldungen sind nach der Lehre der Weiderechte überhaupt zu beurtheilen.

## IV. Entstehung der Servituten.

### 1. Allgemeines.

### § 36.

Die Hauptbegründungsarten der Servituten sind die Bestellung durch den Eigenthümer (§ 37 ff.) und die Ersitzung (§ 42 ff.). Außerdem können die Dienstbarkeiten gleich anderen Rechten im Theilungsproceß vom Richter auferlegt werden, indem dieser die für die Theilstücke erforderlichen Servituten, Wegegerechtigkeiten ꝛc. ausweist oder dem Einen das Eigenthum eines Grundstücks, dem Anderen den Nießbrauch daran zuspricht.[1]) Auch verleiht richterliches Urtheil, welches die Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit ausspricht, in contumaciam des zur Bestellung Verpflichteten ein solches Servitutrecht. Es ist das nichts der Servitutenlehre Eigenthümliches, sondern folgt aus den Grundsätzen anderer Rechtspartieen.

Sodann giebt es Fälle, wo speciell der Nießbauch ipso jure nach Vorschrift der Gesetze entsteht: für den Vater an den Adventitien

1) l. 6 § 1 D. de usufr. 7, 1; l. 16 § 1. 2. l. 22 § 3 D. fam. herc. 10, 2; l. 18 D. comm. div. 10, 3.

der Kinder; für den unschuldigen Theil bei der Ehescheidung, wenn das Eigenthum der verwirkten Güter des schuldigen Theils den Kindern zukommt an diesen Gütern; endlich als Folge einer zweiten Eheschließung. Diese Fälle gehören dem Familienrecht an.

Für die Realservituten besteht noch als besondere Voraussetzung des Erwerbs, daß der Erwerber Eigenthümer, Besitzer in gutem Glauben, Emphyteuta oder Superficiarius des Grundstücks ist, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit erworben werden soll[2]).

## 2. Besonderes.

### a. Bestellung.

### § 37.

Es giebt eine freiwillige und eine erzwungene resp. erzwingbare Bestellung. Die letztere greift allein oder vornehmlich in dem Falle Platz, wenn ein Grundstück, welches eines Zugangs entbehrt, einen solchen über ein zwischen ihm und der öffentlichen Straße liegendes Grundstück erhalten soll. Die Quellen sprechen zwar nur von einem iter ad sepulcrum[1]), die Praxis gesteht aber mit Recht ganz allgemein dem, der eines Zugangs von der öffentlichen Straße nach seinem Grundstück entbehrt, das Recht auf Ausweisung eines solchen — über die dazwischenliegende Länderei hinweg — zu[2]).

Die Voraussetzungen der Bestellung überhaupt sind nun folgende:

1. Berechtigung des Bestellers.

Als berechtigt erscheint zunächst und vor allem der Eigenthümer der Sache, welcher die Servitut auferlegt werden soll, sofern nur kein Recht eines Dritten, wie etwa ein Veräußerungsverbot[3]) oder ein vorhandener Ususfruct solcher Bestellung entgegensteht; bei Vorhandensein eines Nießbrauchs kann der Eigenthümer nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars eine Servitut bestellen[4]), denn, meint Puchta Instit. § 256 Anm. m., diese Einwilligung gilt nicht, da der Fructuar sein Recht nicht theilweise aufgeben kann. Nur wenn

2) l. 1 § 9 D. de superfic. 43, 18; l. 1 § 1, l. 6 pr. 8 D. comm. praed. 8, 4; l. 15 § 7 D. de usufr. 7, 1.

1) l. 12 pr. D. de rel. 11, 7.

2) Glück IX. S. 101. Seuffert, Archiv I. 77. 321. VI. 156. XIII. 211. XIV. 114.

3) l. 7. C. de reb. al. 4, 51.

4) l. 15 § 7 D. de usufr. 7, 1.

das Recht des Usufructuars durch eine solche Dienstbarkeit nicht beeinträchtigt wird, ist die Bestellung derselben gestattet[5]).

Ein Miteigenthümer allein kann zwar einen Nießbrauch, aber nicht eine andere Servitut — da die anderen Servituten untheilbar sind — an seinem Theile bestellen; das gesammte gemeinschaftliche Grundstück kann er überhaupt nicht mit einer Servitut belasten, jedoch bleibt er durch den eine Servitutbestellung enthaltenden Vertrag, auch wenn die anderen Miteigenthümer nicht zugestimmt haben, insoweit gebunden, daß er seinerseits die Ausübung des eingeräumten Rechts nicht hindern darf[6]).

Anders gestaltet sich meines Erachtens das Verhältniß, wenn ein Nichteigenthümer eine Servitut bestellt und nachmals das Eigenthum erwirbt. Hier meint zwar Windscheid, Pand. § 212 bei not. 4, müßten die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen wie für den entsprechenden Fall der Eigenthumsübertragung, und für diesen entwickelt er die Grundsätze in § 83 bei not. 7, § 172 bei not. 5—8 und § 172 a bei not. 3 folgendermaßen: wenn Jemand eine Sache, die er nicht veräußern darf, oder an welcher ihm das Eigenthum gar nicht zusteht, veräußert und hinterdrein die freie Verfügung und resp. das Eigenthum erwirbt, so wird dadurch die frühere Eigenthumsübertragung nicht gültig und der Empfänger nicht Eigenthümer; jedoch braucht der letztere die Sache dem Uebertragenden nicht herauszugeben (da er gegen diesen eine exceptio doli etc. hat) und kann auch, wenn er in gutem Glauben war, gegen den Uebertragenden, wie gegen jeden Dritten (?) klagend auftreten; dieselbe Stellung hat er dem Rechtsnachfolger des Uebertragenden gegenüber, wie er sie auch seinerseits auf seinen Rechtsnachfolger überträgt. So Windscheid. Ich glaube nun allerdings auch, daß obige Frage sich nach den Grundsätzen von der Eigenthumsübertragung entscheidet, kann mich aber mit dem, was Windscheid über diese letzteren vorträgt, nicht einverstanden erklären, und sehe namentlich nicht ein, wie ein solcher ungültig gebliebener Act sich gegen Dritte, die doch eine exceptio doli jedenfalls nicht trifft, wirksam erweisen soll. Es fehlt auch nicht an Stellen, die unzweifelhaft diese Wirkung des dolus für die Hauptfälle, welche hier in Betracht kommen, ausschließen. Die eine ist

---

5) l. 16 cit.
6) l. 2 D. de S. 8, 1; l. 34 pr. D. de S. P. R. 8, 3; l. 11 eod.

l. 2 § 1 D. de dol. mal. et met. exceptione 44, 4:.... Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem: si in ea re dolo malo factum est, sed sic: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est. Docere igitur debet is, qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei, ostendere in re esse dolum; aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat.

Die andere:

l. 4 § 27 ib.: De auctoris dolo exceptio emtori non objicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris; et peraeque traditur, rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emtori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere. Noch specieller lautet § 31 cit.: und hieraus in Verbindung mit § 32 cit., den Windscheid für seine Meinung anzieht, scheint mir die Unrichtigkeit der letzteren mit Evidenz hervorzugehen. Zunächst sagt

§ 31 cit.: Auctoris autem dolus, sicut diximus, emtori non objicitur; sed hoc in emtore solo servabimus; item in eo, qui permutaverit, vel in solutum accepit; item in similibus, qui vicem emtorum centinent. Ceterum si noxae deditus quis sit, Pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit. Proinde ex quacunque alia causa, quae prope lucrativam habet acquisitionem, quaesiisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus, in cujus locum successit; sufficit enim, si is, qui pretium dedit, vel vice pretii, quum sit bona fide emtor, ut non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris; utique si ipse dolo caret.....

Nun kömmt ein besonderer Fall in § 32 cit.: Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit, Julianus ait, aequius esse Praetorem te tueri, quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem: si non suus esset, replicatione utereris,

ac per hoc intelligeretur, eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.

Ich vereinige diese Stellen folgendermaßen. Regel des strengen Rechts ist: der dolus schadet nur dem, der ihn begangen hat, nicht einem Dritten; daraus folgt für den speciellen Fall des § 32: gegen den Mävius findet die doli exceptio des ersten Käufers nicht statt. Aber es erscheint der Billigkeit angemessen, daß dieser geschützt wird; denn dieser erste Käufer hatte ein gegen den Titius klagbar durchzusetzendes Recht auf diese Sache, Titius dagegen hatte gar kein Recht mehr an derselben — quem in bonis non haberet —, konnte sie also auch an den Mävius nicht veräußern. Diese auf Gründen der aequitas beruhende Ansicht des Julianus, welche in der That eine Abweichung von dem strictum jus enthält, ist im Justinianeischen Rechtsbuche gebilligt worden. Wenn nun aber ausgesprochen ist, daß diese erste Veräußerung gegen jeden Dritten geschützt werden soll, so kann das, meine ich, nur so verstanden werden, daß sie nicht blos die obligatorische Wirkung des gültig gewesenen Vertrages (gegen einen Dritten ist solche eben nicht anwendbar) sondern die dingliche der wirksam gewordenen Eigenthumsübertragung haben soll.

Mit solcher Auffassung scheinen sich auch die Ausdrücke venditiones und pignora confirmari in l. 56 D. ad S. C. Trebell. 36, 1 und l. 42 D. de usurp. 41. 3 auf eine ungezwungene Weise vereinigen zu lassen.

Berechtigt zur Servitutenbestellung sind ferner der Emphyteuta und Superficiar, jedoch mit Beschränkung auf die Dauer ihres Rechts [7]).

## § 38.

Fernere Voraussetzung einer gültigen Servitutenbestellung ist

2. ein gewisser rechtsgültiger Act, nämlich entweder a. letztwillige Verfügung [1]), oder b. Vertrag.

Die ältere Ansicht, zusammenhängend mit der Theorie vom titulus und modus acquirendi meinte, daß durch einen bloßen Vertrag nur eine Obligation entstehe, und daß zur Erzeugung des ding-

7) l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7, 4; l. 1 § 9 D. du superf. 43, 18.

1) l. 3 l. 6 l. 14 D. 33, 2; l. 6 pr. D. 7, 1. Dig. de usu et usufr. leg. 33, 2 de servit. leg. 33, 3; § 4 J. de serv. 2, 3; § 1 J. de usufr. 2, 4; Fragm. Vat. II. 47, 85.

lichen Rechts — analog der Eigenthumsübertragung — noch Tradition hinzukommen müsse. Man unterschied danach zwischen einer servitus constituta (ex conventione debita) und acquisita (mit hinzugetretener quasitraditio.) Diese Ansicht, früher die allgemein herrschende, wurde von Savigny verworfen und namentlich auch von einigen seiner Schüler[2]) bekämpft, indem diese die Ansicht aufstellten, daß das dingliche Recht der Servitut schon durch den bloßen Vertrag entstehe. Dieser Ansicht hat sich die Mehrzahl der Juristen angeschlossen[3]), während eine kleinere Zahl noch an der älteren Theorie festhält[4]).

Die Praxis hat sich noch nicht definitiv entschieden[5]).

Um diese Frage zu lösen, erscheint es nothwendig, so weit möglich, die historische Entwickelung der Lehre von der Servitutenbestellung zu verfolgen.

Das classische römische Recht erforderte zur Begründung einer iusta (jure constituta) servitus entweder in jure cessio oder mancipatio, und zwar konnten der Nießbrauch und die jura praediorum urbanorum, da sie res mancipi waren, nur in jure cedirt, die jura praed. rusticorum dagegen als res mancipi[6]) auch durch mancipatio constituirt werden. Dabei muß man als einen für spätere Erörterungen bemerkenswerthen Umstand einschalten, daß die res nec mancipi an sich zwar durch eine nuda traditio übertragen werden konnten[7]), daß man aber eine solche traditio bei den res incorporales, zu denen auch die Servituten zählen, nicht für anwendbar hielt.[8])

In den Provinzen galt abweichendes Recht: Da wurde der Nießbrauch an Menschen und Thieren durch in jure cessio bestellt[9]). Was aber die Dienstbarkeiten an Grundstücken betrifft, so lesen wir darüber bei Gaj. II, 31 Folgendes:

2) Schmidtlein, de serv. per pactum constituendis. Götting. 1823, civ. Arch. IX. No. 9; Michelsen civ. Arch. VIII. No. 14.

3) Vgl. Hasse, Rhein. Mus. I. S. 64 ff. Warnkönig, civ. Arch. XII. No, 14., Themis, X. S. 57 ff., Haertel, de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure Romano. Lips. 1828: mit Modificationen auch Zimmern, civ. Arch. VII, 17; Schrader, Tübing. Zeitschr. I, 2 S. 66 ff. — Vgl. ferner Puchta, Curs. d. Instit II, § 256. Lehrb. § 187. Arndts, Pandecten § 187.

4) Namentlich Bangerow § 350. Anm. 1 und Francke, civ. Abh. Nr. 3.

5) Vgl. die Entscheidungen b. Seuffert, Archiv. XII, 130 u. XV, 5.

6) Gaj. II, 17.

7) Gaj. II, 22.

8) Gaj. II, 28.

9) Gaj. II, 32.

alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut (in) jure cessionem recipiunt.

Wiewohl nun diese Worte so bestimmt auf die Bestellung und Entstehung einer Servitut lauten, so hat man trotzdem nicht angestanden, auch für die Provinzialgrundstücke zu bezweifeln, daß an ihnen Dienstbarkeiten durch bloße Verträge bestellt werden könnten. Dieß bestreitet namentlich noch Vangerow. Auch Keller, Pand. § 181 meint, daß durch solchen Vertrag nur „ein Analogon von Servitut" entstanden sei. Ich weiß nicht, ob Keller bei diesem Ausdruck sich etwas gedacht hat, und ob man damit überhaupt einen Begriff verbinden kann; ich für meine Person vermag keine bestimmte Vorstellung von diesem „Analogon von Servitut" zu gewinnen. Ich verstehe aber überhaupt nicht, wie man gegenüber den Ausdrücken, deren sich Gajus in der oben abgedruckten Stelle bedient, noch daran zweifeln kann, daß er von der Entstehung einer wirklichen Servitut an Provincialgrundstücken durch pactiones und stipulationes redet. Er hat zuvor in §§ 28, 29, 30 auseinandergesetzt, daß Servituten an Italischen Grundstücken durch in jure cessio und mancipatio entstehen, und zwar — das bezweifelt Niemand — mit voller dinglicher Wirkung entstehen. Wenn er nun in § 31 fortfährt: wer an Provincialgrundstücken Servituten bestellen wolle, usumfructum etc. constituere, könne pactionibus et stipulationibus id efficere, so scheint es mir wenigstens außer Zweifel, daß er damit hat sagen wollen: es entsteht hier wie dort eine wirkliche und volle Servitut, d. h. ein dingliches Recht, denn usumfructum constituere heißt, die Servitut des Usufruct begründen, wie aus zahllosen Stellen hervorgeht. Ich führe nur an Fragm. Vat. II, 48: ad certum tempus et in jure cedi et legari et officio judicis constitui potest (usufructus nämlich) und das Excerpt aus Gajus in l. 3 pr. D. 7, 1: omnium praediorum jure legati potest constitui usufructus. Wenn Gajus also sagt, wer an Provincialgrundstücken usumfructum etc. constituere wolle, könne pact. et stipul. id efficere, so heißt das meines Erachtens ganz unzweifelhaft: es entsteht durch Vertrag das dingliche Recht der Servitut.

Wäre hierüber irgend noch ein Zweifel möglich, so müßte er wohl verschwinden gegenüber der

l. 136 § 1 D. de V. O.: Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio. Denn eine unbefangene Betrachtung dieſer Stelle dürfte wohl in volle Gewißheit ſetzen, daß constituere servitutem die wirkliche Errichtung des dinglichen Rechts der Servitut im Gegenſatz blos obligatoriſcher Wirkung der Stipulation bezeichnen ſoll.

Man ſieht daher nicht recht ein, wie Keller l. c. dazu kömmt, trotz dieſer Stelle die Bangerow'ſche Anſicht inſoweit zu billigen, daß er für das claſſiſche Recht die Entſtehung des dinglichen Servitutrechts durch bloſen Vertrag überhaupt und insbeſondere auch für die Provincialgrundſtücke bezweifelt.

Was er über das claſſiſche Recht und über deſſen Weiterentwickelung zum Juſtinianeiſchen Recht vorbringt, dürfte ſchwerlich mehr ſein, als eine bloſe Phantaſie und obendrein eine recht verwerfliche Phantaſie [10]).

Es ſcheint übrigens gewiß, daß das Beſtreben, die Zuläſſigkeit einer Servitutbeſtellung durch bloſen Vertrag auch bei Provincialgrundſtücken abzuleugnen, eigentlich darin ſeinen Grund hat, daß man eine ſolche Ausnahme von der ſonſt doch immer erforderlichen Tradition nicht recht zu erklären weiß. Haſſe im Rhein. Muſ. Bd. 1 S. 118 deutet ſie ſo, daß die Römer durch formloſen Vertrag entſtandene Servituten in den eroberten Provinzen vorgefunden, und es dabei und bei dem daſelbſt geltenden Rechte belaſſen hätten. Allein man ſieht leicht, wie wenig dieſer Grund genügt, denn die Römer pflegten nicht ſo ohne alle Ueberlegung zu Werke zu gehen, daß ſie etwas, was ſich außer Harmonie mit ihrem Rechtsſyſtem befand, hätten beſtehen laſſen. Deßhalb muß man den richtigen Grund wohl in etwas Anderem ſuchen; vielleicht liegt er in Folgendem, deſſen Richtigkeit freilich nicht ad oculos demonſtrirt oder direct durch ausdrückliche Zeugniſſe der Quellen nachgewieſen werden kann.

Man darf wohl mit einiger Sicherheit annehmen, daß nach Auffaſſung des älteren römiſchen Rechts ein dingliches Recht nicht durch bloſen Vertrag entſtehen konnte. Es iſt das eine leicht erklärliche und auch bei anderen Völkern wahrgenommene Erſcheinung, daß

10) Er meint ſonderbarer Weiſe: als ſich das Bedürfniß einer petitoriſchen Klage herausgeſtellt, da hätte ſich für eine ſolche utilis confessoria zunächſt die Analogie der gewöhnlichen Publiciana dargeboten. (l)

eine noch nicht vorgeschrittene Rechtsanschauung ein äußeres Zeichen der Sachbeherrschung für wesentlich zum Erwerb dinglichen Rechtes hält: solche Anschauung will etwas Sichtbares und gewissermaßen Greifbares haben, welches die Sachbeherrschung in die äußere Erscheinung treten läßt und den thatsächlichen Inhalt des zu erwerbenden Rechts, so zu sagen, einmal vormacht. So verlangt das ältere römische Recht wohl für jedes dingliche Recht den durch traditio vermittelten Besitzerwerb und gestaltet die Erwerbsarten für die alten dinglichen Rechtsformen, das dominium, die fiducia, das pignus und die Servituten an italischem Boden augenscheinlich in der Weise und mit der Absicht, daß sie den Besitzerwerb vermitteln und äußerlich documentiren sollen.

Wie es scheint, ist es eine noch gar nicht, oder wenigstens nicht genügend gemachte Wahrnehmung, daß die Uebertragungsformen des altrömischen Rechts nicht bloße Verträge sind, sondern gleichzeitig alle wesentlichen Momente der Tradition enthalten. Sie begründen zwar zunächst einen Vertrag, nebenher und gleichzeitig vermitteln sie aber auch den Besitzerwerb für den Berechtigten, und damit treffen sie eben das Wesen der Tradition. Man lese nur, was Gajus und Ulpian über die Mancipatio und die In jure cessio sagen:

Gaj. I, 119: is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra... und 121: adeo quidem, ut eum, (qui) mancipio accipit, apprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur: vgl. auch Ulp. XIX. 3—5, 6.

Gaj. II, 24: Is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo...

Nun ist ja bekannt, daß man die Tradition, insofern sie in einer förmlichen Hingabe der Sache bestand, auf res incorporales nicht für anwendbar hielt[11]). Schon deßhalb würden also die jura praediorum, die ja auch zu den unkörperlichen Sachen zählen, einer solchen Tradition im strengsten Sinne nicht fähig gewesen sein. Es kam hinzu, daß einer solchen auch wohl gewisse körperliche Sachen nicht fähig waren, die Grundstücke nämlich. Daher modificirte sich für diese die mancipatio und die in jure cessio, indem solchenfalls von dem Erforderniß des rem tenere abgesehen wurde[12].) Will man

11) Gaj. II, 28.
12) Gaj. II, 121.

nun nicht zugeben, daß schon im classischen Recht dingliche Rechte an Grundstücken durch bloßen Vertrag, resp. durch Mancipatio und Injurecessio ohne das sonstige begleitende Moment der Traditio erworben worden seien, so muß angenommen werden, daß etwas anderes an Stelle jener regelmäßigen Gestalt der Traditio getreten. Daß dieß der Fall gewesen, mag für die Servituten, welche hier zunächst interessiren, nicht allzu schwer nachzuweisen sein.

Man kam nämlich auf einfache Weise zu der Annahme, daß die patientia des Eigenthümers und der mit Rücksicht darauf geschehende Herrschaftserwerb, Besitzerwerb das Element der Tradition vollständig erschöpfe. Man mochte daher solchen Vorgang als Traditio, als Besitzerwerb mit Gestattung des Eigenthümers gelten lassen.

Aus solcher Rücksicht erklärt sich ohne Zweifel die Verpflichtung, welche dem Servitutenbesteller regelmäßig auferlegt worden zu sein scheint: daß er die Ausübung des bestellten Rechts hindern wolle. cf. der oft citirte Ausspruch des Javolenus:

l. ult. D. de servit: Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo[13]), per te non fieri, quo minus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse...

Bei Erwägung aller dieser Umstände gelangt man zu dem Satze: wenn das dingliche Recht überhaupt und also auch das der Servitut erst durch Traditio entstand, so mußte zu Entstehung einer Prädialservitut die Ausübung derselben von Seiten des Erwerbers erforderlich sein.

Die Mancipation und in jure cessio fanden als specifisch römische Rechtsformen keine Anwendung auf Provincialgrundstücke. Bei letzteren boten sich zweierlei Formen der Uebertragung dar: entweder analog den beiden Bestandtheilen jener altrömischen Formen ein Vertrag mit Besitzübertragung, oder ein bloßer Vertrag ohne solche Besitzübertragung. Es ist etwas nicht blos Locales und Zufälliges, wie man meint, daß der Provincialverkehr den bloßen Vertrag genügen ließ.

Wie der Formalismus der altrömischen Arten von Rechtsgeschäften überhaupt, so bekundet auch diese Tradition, insofern sie zur Entstehung des Rechts als nothwendig geachtet wird, noch ein

13) cf. auch l. 3 § 2 D. de act. emt. vend.

wenig entwickeltes Rechtsgefühl. Beide bleiben auf rein Aeußerlichem stehen.

Das Aufgeben dieser an dem Aeußerlichen, sinnlich Erkennbaren und Greifbaren hängenden Anschauung, wie sie sich allgemach in allen Rechtsgebieten vollzieht, bezeichnet einen großen Schritt in der Entwickelung des Rechtslebens[14]), und es ist durchaus nicht zufällig, daß dasjenige dingliche Recht, welches gar nichts äußerlich Sichtbares hat, die Hypothek, wohl verhältnißmäßig am spätesten zur Entwickelung gelangt.

Das Aufgeben des Traditionselementes für die Servitut an Provincialgrundstücken ist demnach nichts zufälliges, sondern ein innerlich motivirter Schritt zur Weiterentwickelung des Rechts. Daß er im Recht der Provinz sich früher vollzog, als auf italischem Boden, mag nicht befremden, da ja die ganze Entwickelung und Fortbildung des römischen Rechts sich fortlaufend als ein Abstreifen alter nationaler Beschränkung und als befruchtende Aufnahme und Formulirung der im Völkerverkehr sich absetzenden Verhältnisse darstellt.

Dem mag nun aber im classischen Recht gewesen sein, wie dem wolle, im neuesten Recht entsteht unzweifelhaft[15]) — und das deducirt auch Keller — das dingliche Recht schon durch den bloßen Vertrag.

Es liegt auch weder in der Natur des dinglichen Rechts das Erforderniß der Tradition, noch enthält die Natur des Vertrags ein Hinderniß, daß durch denselben direct ein dingliches Recht entstehen könne. Man muß nur bedenken, daß bei den anderen Bestellungsacten der Servitut, der letztwilligen Verfügung und adjudicatio Besitzübertragung nicht erforderlich ist, woraus gewiß hervorgeht, daß der Erwerb dinglichen Rechts nicht von der Besitzübertragung abhängt. Schon hieraus scheint zu folgen, daß auch der bloße Vertrag, wie die einfache letztwillige Verfügung hinreicht, die Servitut zu begründen. Vangerow bestreitet das, indem er meint, daß

14) Es ist hier kurz zur weiteren Erläuterung obiger Bemerkungen darauf aufmerksam zu machen, daß das römische Recht in allmählicher Entwickelung dahin gelangt ist, alle dinglichen Rechte mit Ausnahme des Eigenthums durch bloßen Vertrag mit sofortiger dinglicher Wirkung entstehen zu lassen, und daß neuere Rechte das Bestreben zeigen, auch für den Eigenthumsübergang die Tradition zu verüberflüssigen.

15) Es ist mit Recht schon von Anderen darauf aufmerksam gemacht worden, daß das possit der früher citirten Stelle des Gajus in dem correspondirenden Passus von § ult. de servit. praed. und § 1 I. de usufr. in ein debet verwandelt worden ist.

ein Vertrag nur eine Beziehung von Person zu Person begründe. Aber wohnt etwa dem Legat eine solche Beziehung bei, daß es die Sache selbst obligirte? Was ist überhaupt für ein Unterschied, ob ich eine Sache deducto usufructu vermache, oder ob ich sie deducto usufructu verkaufe? ein innerer gewiß nicht, sondern nur der äußerliche, daß dort die lex des Testators, hier die lex der Paciscenten entscheidet. In beiden Fällen muß eben diese lex, der Wille allein hinreichen, das dingliche Recht zu begründen, denn wenn bei der letztwilligen Bestellung der ausgesprochene auf Servitutenbestellung gerichtete Wille genügt, so muß er das ebensogut bei jeder andern Uebertragungsform.

Auch die Analogie des Pfandrechts, dessen Dinglichkeit ebenfalls durch bloßen Vertrag, ohne Tradition entsteht, ist mit Recht hier angeführt worden, und wird auch durch Bangerow'sche Theorien von der obligatio rei nicht entkräftet.

Es fehlt übrigens nicht an ausdrücklichen Quellenzeugnissen für unsere Ansicht. Schon die zum Theil bereits allegirte

l. 3 pr. D. de usufr. 7, 1:.... Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest,

beweist nach obiger Argumentation für unsere Ansicht, noch mehr aber

l. 58 D. de verbor. oblig. 45, 1:... Item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit, nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit; tunc enim priore obligatione exspirante ex secunda introducitur petitio, et tam iter, quam usus, nec non quinque exigi possunt.

Sonach entsteht durch die einfache Stipulation eine petitio. Petitio bezeichnet bekanntlich die dingliche Klage im Gegensatz der actio, der persönlichen Klage: l. 28 D. de oblig. et act. 44, 7: Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem, vel in personam rei persequendae gratia[16]).

Die petitio der Servituten, die Klage aus dem dinglichen Recht der Servituten ist aber ganz unzweifelhaft die confessoria in rem actio (vindicatio servitutis). Sie also, die Klage der ächten und vollen Servitut, mithin (die Quellen nennen ja immer die Klage statt des Rechts) diese Servitut selbst entsteht ohne weiteres aus dem Vertrag.

16) Vgl. l. 78 D. de verb. sign. 50, 16; l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

Ferner bezeugt l. 72 pr. D. de verb. obl. 45, 1, daß durch bloße Stipulation (viae, itineris etc.) eine petitio entsteht.

Auch l. 140 § 2 ib. redet so, als wenn die stipulatio einer Servitut allein genüge, um letztere zu erwerben, acquirere; ebenso l. 17 D. de stipul. serv. 45, 3.

Endlich ist darauf aufmerksam zu machen, daß mehrere Stellen von einem usus fructus traditus im Gegensatz zu einem Ususfruct ohne Tradition reden[17]) was ohne Zweifel nicht der Fall sein könnte, wenn die Tradition für die Entstehung des Servitutrechts überhaupt wesentlich wäre, denn dann müßte jeder Ususfructus ein traditus sein. Auch würde, wenn das letztere der Fall wäre, daraus folgen, daß *jeder* Ususfruct zur Publiciana berechtigte, was doch entschieden nicht der Fall ist.

Nach alledem dürfte kaum noch zu bestreiten sein, daß das Servitutrecht mit voller dinglicher Wirkung durch den bloßen Vertrag entsteht, ohne daß es dazu noch einer Tradition oder Quasitradition bedarf[18]).

Indessen ist die letztere allerdings nicht ohne Bedeutung. Man weiß, daß die älteren römischen Juristen die res incorporales, folgeweise auch die Servituten einer Tradition nicht für fähig hielten, Gaj. II, 28, und daß erst in verhältnißmäßig sehr später Zeit auch für diese eine Art Tradition, die s. g. Quasitraditio, bestehend in der Gestattung der Ausübung des dinglichen Rechts angenommen wurde. Diese Tradition konnte sich in den Fällen, wo formelle oder materielle Mängel die Entstehung des Servitutrechts verhinderten, insofern wirksam erweisen, als sie dem Erwerber die Klage des bonae fidei possessor, die Publiciana verlieh[19]). Hiermit ist aber auch ihre Grenze bezeichnet: sie giebt den *Besitz*, nicht das *Recht* der Servitut. Durch Tradition entsteht der Besitz mit der Besitzklage, der Publiciana, dagegen das Recht mit der petitio, vindicatio juris, der confessoria in rem actio geht nur aus dem Vertrage hervor.

Die Entwickelung dieser Lehre und die richtigen Gesichtspuncte zeigen sich auch in folgender schon oben citirten Stelle, die man sonderbarer Weise für die gegentheilige Meinung angeführt hat:

l. 20 D. de servit. 8, 1: Javolenus: Quoties via, aut ali-

17) l. 25 § 7 D. 7, 1; pr. D. 7, 4, l. 11 § 1 D. de public. act. 6, 2.

18) cf. auch K. Preuß. Landr. I. 22. § 13: „Grundgerechtigkeiten können durch rechtsgültige Willenserklärungen eingeräumt, auch durch Verjährung erworben werden".

19) l. 11 § 1 D. de publ. act. 6, 2. cf. auch Puchta § 192.

quid jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus pro juris traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Labeo hält die Tradition nicht allein nicht für erforderlich zur Entstehung des Rechts, sondern meint, daß dieselbe hier nicht einmal möglich sei. Aber er wünscht dem durch Kauf erworbenen Recht (eo jure, also besteht es doch schon) die aus der thatsächlichen Herrschaft, dem Besitz entspringenden Vortheile zu geben und will dieß, da es seiner Meinung nach nicht durch Tradition geschehen kann, durch eine Caution des Bestellers erreichen. Javolenus aber meint, der usus, die Ausübung sei so gut wie Tradition des Besitzes des Rechts — er sagt ausdrücklich possessionis juris — und genüge, um den Schutz der Interdicte zu sichern. Wir haben hier also ganz das, was wir oben auseinandersetzten. Das Servitutrecht (jus) entsteht durch den Vertrag, die Tradition aber oder die ihr gleichstehende Ausübung des Rechts giebt den Besitz (possessio juris), welcher in mannichfachen Beziehungen seine Vortheile hat.

Damit stimmt auch l. 1 § 2 D. de S. Pr. R. 8, 3: Traditio plane et patientia[20]) servitutum inducet officium Praetoris, d. h. der Besitz, vermittelt durch traditio oder patientia, verleiht nicht das jus servitutis mit der petitio juris, sondern die possessorischen Rechtsmittel.

Schließlich ist nur noch kurz zu erwähnen, daß es weder durch die Quellen, noch durch die innere Natur beider Rechtsinstitute gerechtfertigt ist, die Analogie des Eigenthums[12]) auf die Servituten anzuwenden, wie Vangerow wirklich gethan hat.

## § 39.

In den Quellen wird besonders häufig derjenige Fall der Servitutbestellung behandelt, wo der Eigenthümer eine Sache veräußert und sich eine Servitut hieran vorbehält. Die Quellen nennen diese Procedur bald servitutem imponere, injungere, auch wohl detrahere, bald praedium servum facere. Auch wird gesagt, daß hier das Eigenthum mit Abzug der Dienstbarkeit veräußert werde.

20) Vgl. l. 29 D. 33, 2.
21) l. 20 C. de pact. 2, 3.

Die Art, wie die Quellen von diesem Falle reden, ist geeignet, die Meinung zu erwecken, als sei solchenfalls der veräußernde Eigenthümer zugleich der Servitutenbesteller, indem er sich selbst zu Gunsten eines anderweiten ihm gehörigen Grundstücks eine Dienstbarkeit an dem zu veräußernden Grundstück reservirt. Dieß ist jedoch nicht der Fall und kann es nicht sein, denn an seinem eigenen Grundstücke kann Niemand, also auch hier der Verkäufer nicht eine Servitut bestellen. Auch darf man sich die Sache nicht so vorstellen, als ob der Verkäufer die Servitut zurückbehielte, denn er hat sie ja bis dahin — als besonderes dingliches Recht — noch nicht gehabt. Vielmehr sind auch hier, die Worte des fr. Vertrages mögen lauten wie sie wollen, die Rollen der Vertragschließenden so vertheilt zu denken, daß der Käufer als neuer Eigenthümer alsbald die Servitut bestellt [1]).

In manchen neueren Particularrechten besteht übrigens die Bestimmung, daß zu dem Act der Bestellung der Servitut noch deren Eintrag in die öffentlichen Bücher, Grundbücher (mit oder ohne gerichtlichen Abschluß und Bestätigung des Geschäfts) hinzukommen muß [2]).

## § 40.

### 3. Berechtigung des Erwerbers.

Der Erwerb von persönlichen Servituten steht jedem, der überhaupt rechts- und erwerbsfähig ist, zu.

Der Erwerb von Realservituten hat einige Beschränkung hinsichtlich der zum Erwerb berechtigten Personen. Hier nämlich mag nur derjenige eine Servitut erwerben, welcher, so zu sagen zur Vertretung des Grundstücks, welchem die Dienstbarkeit gewonnen werden soll, berufen erscheint. Dieß ist zunächst unzweifelhaft der Eigenthümer des letzteren [1]), und dieser ist es selbst in dem Falle, daß einem Anderen der Nießbrauch an dem Grundstücke zusteht, ja er ist dazu befugt gegen den Willen des Nießbrauchers [2]), während dem Nießbraucher eine solche Befugniß nicht zusteht [3]).

Wenn das Eigenthum des Erwerbers nur ein bedingtes war

1) Vgl. a. Windscheid Pand. § 212.
2) Vgl. Beseler, Deutsch. Privatr. II. § 97 not. 7, 9. III, § 193. not. 1.
1) l. 6 pr. l. 8 D. com. praed. 8, 4; l. 6 § 5 D. de A. E. V. 19, 1.
2) l. 15 § 7 de usufr. 7, 1.
3) l. 15 § 7 D. de usufr. 7, 1: Acquirere plane servitutem eum (nämlich den proprietarius) posse etiam invito fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter (eine sonderbare Consequenz!) fructuarius quidem acquirere fundo servitutem non potest...

und mit Eintritt der Bedingung auf einen Andern überging, so bleiben doch die inzwischen erworbenen Dienstbarkeiten, sofern sie nicht zugleich Nachtheile für den Berechtigten mit sich führen, bestehen [4]). Es ist das keine Abweichung von dem strengen Recht, keine Verletzung der ratio juris, wie Elvers S. 694 meint, sondern eine nothwendige Folge der Lehre von den Bedingungen [5]).

Ein Miteigenthümer allein kann eine Realservitut nicht auch für die übrigen Miteigenthümer zugleich mit erwerben [6]), vielmehr ist die Mitwirkung und Uebereinstimmung aller Miteigenthümer erforderlich, und zwar müssen, wenn die Erklärung des letzten abgegeben wird, die Umstände auch bezüglich der übrigen noch so liegen, daß deren frühere Acte noch als gültig zu betrachten sind; die Entstehung der Servitut datirt alsdann von der Erklärung des letzten Miteigenthümers [7]).

Daß auch der Superficiar und Emphyteuta Realservituten für die betreffenden Grundstücke erwerben können, wird zwar in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, darf aber wohl nicht bezweifelt werden, da ihnen gestattet ist, solche Dienstbarkeiten zu bestellen: wie viel mehr mögen sie daher solche erwerben und dadurch den Werth der Grundstücke erhöhen dürfen. Uebrigens wird, wenn man diese Zulässigkeit annimmt, der Erwerb der Servitut nicht wie die Belastung des Grundstücks mit einer solchen auf die Dauer des emphyteutischen und superficiarischen Rechts beschränkt zu werden brauchen, denn es liegt ja im Interesse des Grundstücks, die Servitut für immer zu erhalten [8]).

Zweifelhafter ist die Frage, ob auch der redliche Besitzer eines Grundstücks demselben eine Realservitut erwerben könne. An ausdrücklichen Quellenzeugnissen hierüber fehlt es. Puchta, Pand. § 186 schreibt auch dem bonae fidei possesssor die Fähigkeit solchen Servitutenerwerbs zu, Andere, z. B. Elvers S. 696 und Windscheid § 212 not. 7 zeigen sich nicht geneigt, dieß so ohne Weiteres als richtig zuzugestehen. Bei Windscheid l. c. heißt es: „Man wird sagen müssen: da derselbe (der redliche Besitzer nämlich) dritten „schlechter Berechtigten gegenüber als Eigenthümer gelte, so müsse er

4) l. 11 § 1 D. 8, 6.
5) cf. meine Abh. Zeitschr. f. C. u. Pr. N. F. 19. S. 13, 14. S. 45.
6) l. 5 D. comm. praed. 8, 4; l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5.
7) l. 18 D. comm. praed. 8, 4.
8) Vgl. Elvers S. 695; Windscheid, Pand. § 212 Anm. 7; die Entscheidung bei Seuffert VII, 155.

„ihnen gegenüber auch die ihm für das Grundstück bestellten Dienst-
„barkeiten geltend machen können; aber für die Behauptung, daß
„dieselben dem Grundstück wirklich erworben seien, also auch dem
„Eigenthümer zu Gute kommen, sehe ich keinen Anhalt". Da ist wohl dem geschätzten Pandectisten ein lapsus passirt. Zunächst wird er wohl nicht im Ernst meinen, daß der redliche Besitzer irgendwie „als Eigenthümer gelte" und deßhalb gegen irgend Jemanden die Rechte des Eigenthümers habe. Sodann kann er es auch schwerlich ernst meinen, daß Jemand nur gegen gewisse Personen als Eigenthümer gelte, denn das Wesen des dinglichen Rechts, des Eigenthums zumal, ist ja, daß es gegen Jeden geht, (wenn schon es vielleicht durch dessen besseres Recht elidirt wird.) Ferner ist es wohl nicht mit juristischen Grundsätzen vereinbar, daß eine Realservitut zwar einem gutgläubigen Besitzer — gegen gewisse Dritte —, nicht aber dem Eigenthümer zustehen soll: denn dann ist ja das fragliche Recht eben keine Realservitut, sondern eine persönliche Servitut und resp. gar keine Servitut, sondern ein persönliches Recht.

Die Darstellung von Elvers ist fast noch eigenthümlicher. Er sagt vom redlichen Besitzer: „wie er alle die Klagen, die er, als ob
„er Eigenthümer sei, zum Schutz der besessenen Sache anstellen kann,
„nicht in ihrem ganzen Betrage hat, so daß sie dadurch auch für den
„Eigenthümer consumirt werden, sondern nur nach Maßgabe seines
„Interesses, so wird auch ein Sieg, den er auf Grund seiner Servi-
„tutenklage erficht, die Realf. dem von ihm besessenen Grund-
„stück nicht für alle Zeiten sicher stellen, sondern nur, so lange er oder
„seine Universal- oder Singularsuccessoren dieselbe inne haben.....
„Was nun vom wahren Processe gilt, wird auch bei einem fingirten
„gegolten haben, und demgemäß möchte ich annehmen, daß jedem
„b. f. p. Realf. zu Gunsten der von ihm besessenen Sache in jure
„cedirt werden konnten, daß aber der Eigenthümer... dieselben nicht
„geltend zu machen vermochte. Da uns nichts anderes berichtet wird,
„werden wir diese Grundsätze auch hinsichtl. der andern Errichtungs-
„arten anwenden müssen... Hiergegen nur zwei Bemerkungen: der Elvers'sche Grund enthält eine Vermischung von processualem und materiellem Recht und einen ganz ungerechtfertigten Schluß vom antiquirten Institut der Klagenconsumtion auf die Wirkung von Vertragsformen, die keine, auch nicht den entferntesten Zusammenhang mit dem alten Proceß und mit der Klagenconsumtion haben; was schließlich als Resultat herausspringt, das ist — wie bei Wind-

scheid — keine Realservitut, denn die von Elvers construirte Befugniß steht nicht dem Grundstück zu, und es ist keine Personalservitut, denn das qu. Recht geht auf die Successoren über; es ist also etwa ein Mittelding zwischen beiden Formen, das freilich keine Existenz im Rechte hat.

Ich muß nach Erwägung aller einschlagenden Gesichtspuncte der Puchta'schen Ansicht zustimmen. Dem Emphyteuta und dem Superficiar, die doch keine größere Herrschaft über die Sache haben als der bonae fidei possessor [9]) gesteht man die Fähigkeit des Servitutenerwerbs zu, warum nicht auch dem gutgläubigen Besitzer? Er übt ja die allervollständigste thatsächliche Herrschaft über die Sache und steht insofern (in dieser thatsächlichen Herrschaft,) dem Eigenthümer gleich. Dieses Herrschaftsverhältniß über die Sache ist es gerade, welches den Eigenthümer, den Emphyteuta und den Superficiar zum Erwerb für die Sache legitimirt. Warum nun Jenen mit seiner ausgiebigen Herrschaft ausschließen?

Ich glaube, das Bedenken, welches man hiergegen hat, entspringt aus dem Blick auf den Besitz eines Grundstücks, welchem bereits eine Realservitut zusteht. Solchenfalls erwirbt der b. f. p. allerdings nicht das Recht der Servitut, sondern den Besitz desselben, die juris quasi possessio. Nun scheint man geneigt zu sein, auch in unserem Fall nur eine solche anzunehmen. Allein hier liegen die Sachen ganz anders. Dort ist die Servitut mit dem Grundstück verbunden, und der Erwerb des letzteren geschieht in einer Weise, welche nicht zum Rechtserwerb führt. Hier aber geschieht die Bestellung der Servitut von Seiten des Legitimirten, nämlich von Seiten des Eigenthümers des belasteten Grundstücks, und es ist von daher jedenfalls kein Hinderniß des Rechtserwerbs.

## § 41.

### Bedingungen und Zeitbestimmungen.

Die Bestellung mit einem Endtermin war für den Ususfruct schon im älteren römischen Recht zulässig [1]). Ein Anfangstermin konnte durch letztwillige Verfügung gesetzt werden, ob auch bei in jure cessio und adjudicatio, war streitig; als Grund der Unzulässig-

9) Es wird hier natürlich von der Streitfrage, ob jene auch juristische Besitzer sind oder nicht, abgesehen.

1) Fragm. Vat. II, 48 auch bei der s. g. deductio, ib. II, 50.

keit wird angegeben: quia nulla legis actio prodita est de futuro.[2]); im Fall der s. g. deductio ususfructus hat man wohl die Zulässigkeit einer Suspensivbedingung und Befristung angenommen und damit, da diese deductio auch durch in jure cessio geschah[3]), den aus der Natur des letzteren entnommenen Grund hier wieder aufgegeben. Es ist das ein nicht zu erklärender Widerspruch.

Im justinianeischen Recht können Personalservituten unter Anfangs- und Endtermin, wie unter einer Suspensiv- und Resolutivbedingung unzweifelhaft bestellt werden. Beispiele hiervon finden sich in den Quellen mehrfach, unter andern eine Suspensivbedingung der Art, daß ein Usufruct auf den Fall, wenn ein anderweit bestellter erlöschen würde (durch capitis deminutio etc.), constituirt wird[4]).

Bezüglich der Realservituten liegt die Sache verwickelter. Zwar konnte auch hier die letztwillige Verfügung eine Suspensivbedingung setzen[5]), für die übrigen Bestellungsarten aber glaubt man aus

l. 4 pr. D. de serv. 8, 1: Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia: quamdiu volam, constitui possunt; sed tamen si haec adjiciantur pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere.

zu erkennen, daß da eine andere Meinung geherrscht habe. Es scheint indessen, daß man diese Stelle nicht richtig interpretirt. Papinian sagt hier zunächst, daß nach dem jus strictum eine bedingte oder betagte Servitutenbestellung nicht zulässig war. Nach der aequitas aber — so muß man unzweifelhaft suppliren — ist dieß zulässig. Wenn nun der Berechtigte aus der Servitut klagt und zwar zu einer Zeit, wo er nach Maßgabe der Bedingung oder Zeitbestimmung noch kein Recht oder keins mehr hat, so steht ihm die exceptio pacti und resp. doli entgegen. Erklärt man sich die Stelle auf solche einfache Weise, so verschwinden die Schwierigkeiten, welche man gewöhnlich darin findet.

2) Fr. V. II, 49.
3) Fr. V. II, 50.
4) l. 39 § 5 D. de evict. 21, 2. Beispiele und Interpretationsregeln enthält auch l. 12 C. de usufr. 3, 33.
5) l. 3 D. de serv. leg. 33, 3.

So interpretirt, rechtfertigt die Stelle auch ganz gewiß nicht dasjenige, was Elvers S. 180 sagt: „Daß nun wie bei jenen „actus legitimi die Zufügung einer Bedingung oder eines Anfangs- „oder Schlußtermins das ganze Rechtsverhältniß ungültig gemacht „habe, und eine solche Realservitut als nicht constituirt gegolten „habe, davon sind uns in unsern Quellen keine Spuren erhalten, „vielmehr galt die Servitut nach der erwähnten l. 4 de serv., die „allein direct hiervon handelt, dem Civilrecht als unbetagt und un- „bedingt". Denn wenn es in der Stelle heißt; Servitutes... neque ex tempore.... constitui possunt, so heißt das doch gewiß nichts anders, als eine auf Zeit gestellte Servitutenerrichtung ist ungültig. Das ergiebt die einfache Worterklärung. Uebrigens ist ja bekannt, daß die rechtlich unzulässige Hinzufügung einer Bedingung oder die Hinzufügung einer rechtlich unzulässigen Bedingung das Rechtsgeschäft selbst ungültig macht. Es versteht sich das auch von selbst, denn einerseits will das Recht die Bedingung nicht aufrecht erhalten, andererseits kann letztere doch auch nicht einfach wegdisputirt werden, denn die Parteien haben doch erweislich kein unbedingtes Geschäft gewollt: wenn also das, was sie wollten, nicht gilt, so gilt eben das ganze Geschäft nicht. Hiervon existiren meines Wissens nur Ausnahmen bei letztwilligen Verfügungen, und diese sind mit dem Bewußtsein einer Ausnahmsbestimmung in favorem ultimarum voluntatum gemacht[6]). Regel aber ist die obige: daß die rechtlich unzulässige Hinzufügung einer Bedingung oder die Hinzufügung einer rechtlich unzulässigen Bedingung das Geschäft selbst ungültig macht.

Wenn also nach Civilrecht eine Servitut nicht auf eine Bedingung gestellt werden konnte, so war eine bedingte Servitutenerrichtung ungiltig. Die aequitas aber schien eine Abänderung des Grundsatzes, also die Zulassung der Bedingung zu fordern, und deßhalb billigt Cassius dieselbe nach dem Vorgang des Sabinus. Er erklärt das Geschäft für gültig, daher kann der Erwerber aus der Servitut klagen (servitutem vindicanti), jedoch nur innerhalb der durch die Bedingungen gesetzten Grenzen: klagt er also vor Eintritt der Suspensivbedingung oder nach Eintritt der Resolutivbedingung, so steht

6) Man vgl. l. 77 D. de R. I. 50, 17; l. 70, 71 D. de her. inst. 28, 5; l. 15 D. de cond. inst. 28, 7; l. 4 Cod. de inst. et subst. 6, 25; l. 7 pr. D. de contrah. emt. 18, 1. § 11 I. de inutil. stip. 3, 19; Gaj. III, 98.

ihm die auf die Bedingung abzielende exceptio pacti oder doli entgegen. Es ist bekannt, daß die Römer es lieben, statt das materielle Recht darzustellen, alsbald die Gestaltung des Processes zu zeichnen. Dieß geschieht auch hier und zwar ganz in der Weise, wie viele neuere Juristen die Parteirollen bei dem Streit über ein bedingtes Geschäft vertheilen. Diese Neueren nämlich lassen wie Cassius den Kläger einfach auf die Servitut klagen, den Verpflichteten aber sich auf die Bedingung berufen. Diese Darstellung gründet sich auch bei Cassius auf seine Vorstellung von der processualen Parteirollengestaltung. Für das materielle Recht aber darf man aus dieser Darstellung des Processes nicht etwa den Satz ableiten, daß eine bedingte Servitutenbestellung dem Erwerber eine unbedingte Servitut verleihe.

Man mag übrigens von Auslegung dieser Stelle halten, was man will, so ist doch außer Zweifel, daß die heutige Entwickelung der Lehre von den Bedingungen und Zeitbestimmungen, so wie die von den Contracten und von den Dienstbarkeiten die bedingte und betagte Servitutenbestellung ohne Anstand gestattet, und daß hierdurch direct, sowohl dem Eigenthümer als jedem Dritten gegenüber eine bedingte oder betagte Servitut entsteht.

## b. Erwerbende Verjährung[1]).

### α. Der Quasibesitz der Servituten.[2])

### § 42.

Das römische Recht kennt auch in dieser Partie des Rechts eine Art Besitz. Gewisse Stellen der römischen Rechtsbücher, welche diesen Besitz als quasi possessio, juris possessio, juris quasi possessio bezeichnen, sind das Vorbild für die deutschen Ausdrücke „Rechtsbesitz oder Quasibesitz" im Gegensatz des Sachbesitzes, der corporis possessio als des dem Eigenthum analogen Besitzes der

1) Seckendorff, Arch. f. d. civ. Pr. IV, 11. (1821.) Hasse, Rhein. Mus. II, S. 394 ff. (1828.) Bessel, Arch. f. d. civ. Pr. XIII, 19. (1830.) Busch, das. XXXI, 6. 12. (1848.) Muther, d. Ersitzung der Servituten mit bes. Berücks. der Wegeserv. 1852. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann, civ. Versuche. Nr. 1 (1855.) Unterholzner Verjährungslehre. II, § 187—216. Elvers § 68.

2) Bruns, das Recht d. Besitzes im M. A. u. in der Gegenwart (1838.) Roßhirt im Archiv f. d. c. Pr. VIII, 1. — Heerwart, Zeitschr. f. C. u. Pr. XII, 6. 9. (1839.) Pfeiffer, pract. Ausführungen VII, 1. Nr. 12. (1844.) Elvers § 62.

ganzen Sache. Leider sind solche Ausdrücke sehr geeignet, das wirkliche Wesen der Rechtsinstitute zu verdunkeln, und vielleicht liegt gerade in ihrem Gebrauch der Grund, warum die Lehre vom Besitz in diesem Puncte noch immer nicht zur vollständigen Klarheit zu gelangen vermag. Man sollte diesen Ausdrücken, so wie sie lauten, eigentlich gar keine Berechtigung zusprechen. Denn ein Besitz an unkörperlichen Dingen findet überhaupt nicht statt, vielmehr kann nur das besessen werden, was körperlich ist[3]). Anderntheils ist auch dieser s. g. Quasibesitz, wie sich bei näherer Untersuchung ergiebt, ein Besitz der Sache selbst, und es sind deßhalb jener s. g. Sachbesitz und dieser Quasibesitz nur Unterarten des einzigen wirklichen Sachbesitzes, welcher in der thatsächlichen Herrschaft über eine körperliche Sache besteht.

Man muß da etwas weiter ausholen, um die rechtliche Stellung der gedachten beiden Institute zu zeichnen, wobei freilich der ausführliche Detailnachweis, da er das Gebiet dieser Monographie überschreitet, wegbleiben und einer etwaigen späteren Arbeit überlassen werden muß.

Schon früher bot sich Veranlassung, darauf hinzuweisen, daß die Rechtsinstitute sammt und sonders einen thatsächlichen Stoff in sich fassen, dessen Entstehung bereits abgeschlossen ist und sein muß, ehe er seine besondere Form im Recht erhält, und dessen Entwickelung selbstverständlich ganz unabhängig von dieser späteren rechtlichen Formulirung vor sich gegangen ist. Es folgt daraus, daß auch die Entdeckung, so zu sagen, des factischen Stoffes in dieser Form zunächst von der letzteren zu abstrahiren und seine Nachweise, wo es thunlich, aus anderen hier nicht weiter zu erörternden Quellen zu entnehmen hat.

Der thatsächliche Stoff der Sachenrechte in seiner allgemeinsten Beziehung ist die Unterwerfung einer Sache unter die Verfügung einer Person, die Beherrschung derselben. Der Umfang dieser Beherrschung, welche entweder alle Seiten der wirthschaftlichen Sachverwendbarkeit ergreift, oder sich nur auf einige derselben beschränkt, giebt, wie das schon oben dargestellt wurde, dem thatsächlichen Stoff das individuelle Gepräge, wie es sich in den einzelnen Arten der Sachenrechte darstellt.

3) l. 3 pr. D. de poss. possideri autem possunt, quae sunt corporalia, l. 4. § 27 D. de usurp. 41, 3; l. 1 § 8 D. quod leg. 43, 3; l. 32 § 1 D. de S. P. U. 8, 2.

Durch die Besonderheit der Rechtsgestaltung im römischen Recht ist da der vorgefundene thatsächliche Stoff solcher Herrschaftsverhältnisse in zwei bestimmt abgegrenzte Kategorien, deren eine den Stempel des national-römischen Rechts an der Stirne trägt, geschieden worden. Es finden sich da nämlich

1. die Sachbeherrschung in gewissen eigenthümlichen Formen des römischen Civilrechts: das römische dominium und die jura in re aliena, und

2. die Sachbeherrschung ohne diese Formen, ohne einen civilrechtlich gebilligten Grund, die Herrschaft blos als thatsächliche Uebung, welche, weil sie eine Aeußerung der Persönlichkeit ist und weil sie als solche Anerkennung beansprucht, mit Rechtsschutz umgeben wird: der Besitz, die possessio des römischen Rechts.

Faßt man die Stellung dieser beiden Gruppen von Rechtsinstituten genau, so sieht man, daß der Besitz *materiell*, d. h. in seinem thatsächlichen Stoff qualitativ ganz dasselbe ist wie Eigenthum und jura in re: es enthalten alle diese Rechte die bewußte und gewollte thatsächliche, fremde Beherrschung ausschließende Herrschaft über eine körperliche Sache. Solche Herrschaft mit civilrechtlichem Apparat ist Eigenthum, ohne solchen (als blose thatsächliche Uebung) ist sie Besitz.

Wie die Sachbeherrschung überhaupt, so ist auch die als Besitz gekennzeichnete entweder eine *totale*, indem sie die Sache in allen möglichen Beziehungen umfaßt, sie ganz in die Rechtssphäre des Individuums hereinzieht, oder sie ist eine *partielle*, indem sie sich auf gewisse Seiten der Beherrschung, die einer Abgrenzung und besonderen Beherrschung fähig sind, beschränkt. Wie die Sachbeherrschung unter civilrechtlichen Instituten eine solche Scheidung in den Instituten des dominium und der jura in re zeigt, so auch der Besitz: der letztere als thatsächlich geübte Herrschaft über die *ganze* Sache ist die römische possessio (in der engeren Bedeutung,) dagegen solche Herrschaft über *einzelne* Werthseiten ist die s. g. quasi possessio.

Es scheint nicht allzu gewagt, anzunehmen (ja vielleicht ist es sogar historisch nachweisbar), daß die possessio als thatsächliche Beherrschung einer ganzen Sache sich in der volkswirthschaftlichen Entwickelung früher gestaltete, als es mit dem partiellen Sachbesitze der Fall war. Jedenfalls mußte das Dasein der ersteren Art der Sachbeherrschung auch früher ins Bewußtsein treten, als die der letzteren,

da dieſe ſchon ein verfeinertes Rechtsverſtändniß vorausſetzt. So erklärt ſich vielleicht auch, daß man zunächſt von dem Beſitz der ganzen Sache als dem Urſprünglichen ausging, für dieſen zuerſt und allein den Ausdruck possessio brauchte, und erſt, als die Geſtaltung und die Erkenntniß des partiellen Sachbeſitzes klarer hervortrat, im Bedürfniß eines beſonderen Ausdrucks für dieſen die quasi possessio erfand. Und da es ohne Zweifel bequem erſchien, dieſe zwei Arten des Beſitzes den correſpondirenden Arten der civilrechtlichen Sachbeherrſchung auch im Ausdruck gegenüberzuſtellen, ſo mochte man wohl jene Sachbeherrſchung als possessio corporis (die Gewalt über das geſammte corpus, den Stoff der Sache), dieſe als possessio qu. juris, den juribus in re correſpondirend bezeichnen, ſo wie auch wir uns wohl der Kürze halber der Ausdrücke: „Eigenthumsbeſitz“ und „Servitutenbeſitz“ bedienen.

Wenn man nun auch jene Ausdrücke um ihrer Prägnanz willen wohl beibehalten kann, ſo darf doch nicht vergeſſen werden, daß beide Rechtsinſtitute zwar von gleichem thatſächlichen Stoff, aber von verſchiedenem Grund und von verſchiedener Geſtaltung der Rechtsform ſind und in dieſer letzteren Beziehung keinen Zuſammenhang mit einander haben.

## § 43.

Wäre die Erkenntniß der im vorigen Paragraphen herausgeſetzten Geſichtspuncte in den Juriſten, die ſich mit der vorliegenden Frage beſchäftigt haben, immer lebendig geweſen, ſo würde es ohne Zweifel keinen Schwierigkeiten unterlegen haben, Irrthümer zu vermeiden, welche die frühere Lehre vom Beſitze ſo verwirrten, und die bis jetzt noch nicht vollſtändig verſchwunden ſind.

Vor allem erweiſt ſich durch jene Geſichtspuncte die Falſchheit der öfters vorkommenden Behauptung, daß der corporis possessor Eigenthum ausübe [1]). Der Beſitzer thut das durchaus nicht, er gerirt ſich nicht als Eigenthümer, ſondern einfach als Herrn der Sache. Er hat ſchlechthin den Willen, die Sache zu beherrſchen, was mit Recht als ψυχὴ δεσπόζοντος [2]), oder als animus domini bezeichnet wird; beide Ausdrücke ſind gleichbedeutend

1) Man vergleiche dagegen l. 12 § 1 D. 41, 2: nihil commune habet proprietas cum possessione.

2) Theophil. in § 4 J. per quas. pers. adqu. und zu § 2, J. quib. mod. toll. obl. III, 29.

und der römische Ausdruck besagt nicht etwa, der Besitzer habe den Willen, Eigenthümer zu sein, sondern er wolle Herr der Sache sein, denn dominium bedeutet hier das unumschränkte Innehaben einer Sache, das Herrsein, und es ist sonach der animus domini dasselbe, wie ψ. δ., nämlich die Absicht der Sachbeherrschung, (rem sibi habendi).

Noch falscher ist natürlich die ältere Ansicht, als müsse der Besitzer sich für einen Eigenthümer halten (opinio s. cogitatio dominii); auch der Dieb und Räuber haben Besitz[3]), trotzdem diese recht wohl wissen, daß sie nicht Eigenthümer sind.

Ebendeßhalb darf auch das, was man unter Quasibesitz versteht, nicht als Ausübung eines jus in re bezeichnet werden. Man kann die Sachbeherrschung, welche den materiellen Gehalt z. B. einer Servitut bildet, thatsächlich ausüben, ohne ein civilrechtlich begründetes Recht dazu, ein jus in re zu haben. Der Schutz dieses Herrschaftsverhältnisses hat seinen Grund nicht in einem dahinterstehenden jus, sondern in sich selbst, da es lediglich deßhalb, weil es eine Aeußerung der Persönlichkeit ist, Rechtsschutz genießt. In der Regel wird auch der Besitzer gar nicht glauben, daß er ein civilrechtlich begründetes Recht habe, ja er wird wissen, daß er es nicht hat, und es wäre schon deßhalb widersinnig, den Grund und den Schutz seines Besitzes auf die civilrechtliche Rechtsform zurückzuführen.

Der Quasibesitz kömmt demächst in allen den Fällen vor, wo überhaupt einzelne Beziehungen, einzelne Stücke der Herrschaft über eine Sache zu unterscheiden und als solche abgesondert zu erwerben und zu üben sind. Er ist auch hier immer Sachbesitz, freilich nicht possessio im römischen Sinne, da dieser Ausdruck den Besitz der ganzen Sache in allen ihren Beziehungen bezeichnet.

Diese Stellung des Quasibesitzes hat jedoch im deutschen Recht eine wesentliche Aenderung erfahren. Da man mißverständlich den Quasibesitz des römischen Rechts nicht für einen Sachbesitz, sondern für einen Besitz des Rechts hielt, so kam eine übelberathene Doctrin dahin, den Quasibesitz auf alle diejenigen nur einigermaßen analogen Verhältnisse zu übertragen, welche eine dauernde oder sich wiederholende Ausübung zulassen oder erfordern, so namentlich auf die kirchliche und gutsherrliche Jurisdiction und auf die Reallasten. Damit ist freilich — und es ist sehr zu beklagen, daß es geschehen — der römische Begriff des Quasibe-

3) Possessio pro suo, pro possessore Dig. 41, 10.

sitzes völlig aufgegeben und statt dessen ein wahres Monstrum geschaffen worden.

## § 44.

Wenn danach der Besitz der ganzen Sache und der Servitutenbesitz nach ihrer inneren Natur, der Qualitas ihres thatsächlichen Gehaltes einander gleichstehen, so ergiebt sich daraus für Erwerb 2c. Beider eine gewisse Uebereinstimmung. Dagegen entspringen aus dem verschiedenen Umfang, der verschiedenen Quantitas des thatsächlichen Stoffes gewisse Verschiedenheiten.

Der Erwerb auch dieses Besitzes geschieht corpore und animo an sich in gleicher Weise wie der Erwerb des Besitzes der ganzen Sache, da das corpus hier wie dort das körperliche Herrschaftsverhältniß, der animus der auf Erlangung und Uebung dieser Herrschaft gerichtete Wille ist.

Doch sind, soweit es das corpus angeht, die Handlungen, welche Erwerb und Uebung des Besitzes vermitteln, bei beiden Rechtsinstituten natürlich sehr wesentlich verschieden, sie sind es auch bei den einzelnen Arten der jura in re. Die persönlichen Servituten, namentlich usus und ususfructus können nur von dem ausgeübt werden, welcher die Detention der Sache hat. Zum Erwerb des correspondirenden Besitzes ist daher auch erforderlich der Erwerb des natürlichen Sachbesitzes, welcher zwar die ganze Sache, jedoch mit Beschränkung der Herrschaft auf einzelne Werthseiten und namentlich mit Ausschluß der Verfügung über die Substanz ergreift[1]). Solchem Besitz ist diese Beschränkung und der Ausschluß der Substanzverfügung wesentlich; die letztere gehört zum s. g. juristischen Besitz, und diesen hat der Usufructuar freilich nicht[2]) und kann ihn nach der Natur seines Rechtes gar nicht haben, da ja dieses auf die partielle Sachbeherrschung gerichtet ist. Es ist falsch, wenn man, wie Arndts, Pand. § 187 sagt: an der Sache finde hier natürlicher, an der Servitut dagegen juristischer Besitz statt[3]). Denn abgesehen von der

1) l. 12 pr. D. de acqu. v. amitt poss. 41. 2: Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.

2) l. 6 § 2 D. de prec. 43, 26.

3) K. Preuß. Landr. T. 21 § 14: „Bei dieser letzten Erwerbungsart (Verjährung) muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe. (Tit. 7 § 81—85. § 93. 94. 95

sonderbaren Getheiltheit des Besitzwillens, welcher sich hier zugleich auf verschiedene Objecte richten müßte, ist dem römischen Recht, wie oben erörtert wurde, der Besitz eines Rechts völlig unbekannt. Der Servitutenbesitz ist auch juristischer Besitz der Sache selbst, beschränkt in seinem Umfange auf einzelne Werthsbeherrschungen. Daß dieser Besitz nicht geübt werden kann ohne Detention der ganzen Sache ist etwas rein Thatsächliches, nichts zum juristischen Begriff dieses Besitzes Gehöriges.

Der Besitz der positiven Servituten, deren Ausübung in einer besonderen Handlung des Berechtigten besteht, wird erworben durch die Vornahme dieser Handlung. Und zwar ist es erforderlich, daß solche Handlung als ein Recht geübt wird[4]), mag sich die Uebung auf eine traditio oder eine sonstige Gestattung des Eigenthümers gründen, oder mag sie ohne resp. gegen dessen Willen erfolgen. Wer den Servitutenbesitz anstrebt, muß das der Servitut entsprechende Herrschaftsverhältniß über die Sache erwerben wollen. Solche Absicht liegt natürlich nicht vor, wenn Jemand z. B. eine Einwilligung des Eigenthümers in sein Thun voraussetzt, und falls diese nicht erfolgt, zurückstehen will, oder wenn er vorübergehend einmal durch Umstände gezwungen ist, seinen Weg über des Nachbars Grundstück zu nehmen.

Daß derjenige, welcher sich derartigen Besitz zuschreibt, die eben gedachte Qualification nachweisen muß, ist klar. Nur kann das im concreten Falle auf höchst verschiedene Weise geschehen. Zwar genügt nicht schon die bloße häufige Ausübung der Handlung zu solchem Nachweise, wohl aber wird es hinreichen, wenn z. B. Jemand nicht blos in außerordentlichen Fällen, sondern beständig und ausschließlich den Zugang zu seinem Grundstück über das des Nachbars genommen hat, denn daraus ist wohl ersichtlich, daß seine Absicht auf die Behauptung eines ständigen Zugangs gerichtet war. Sonst aber werden allerdings noch besondere Umstände anzu-

§ 127. § 96—108. Tit. 9 § 589. 590. § 596. ff.) Das Pr. L. R. enthält ausführliche Bestimmungen über solchen Besitzerwerb, die zum Theil von den gemeinrechtlichen abweichen.

4) l. 20 D. quemadm. serv.: Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. und l. 7 D. de itinere 43, 19: Si per fundum tuum nec vi, nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet. Vgl. auch l. 1 § 6 cit.

führen und zu beweisen sein, aus denen hervorgeht, daß der Erwerber ein Besitzer hat sein wollen, daß er die fragliche Handlung mit der Absicht, eine Herrschaft über die Sache zu üben und ein entsprechendes Recht zu erwerben, vorgenommen hat. Was dazu gehört, ist wiederum nach Verschiedenheit der Servitut verschieden und danach für jeden Fall besonders zu untersuchen.

Der Erwerb des Besitzes derjenigen positiven Servituten ferner, die in einer dauernden Anstalt bestehen, geschieht durch Errichtung der letzteren.

Der Besitz negativer Servituten wird erworben durch das mit Erfolg begleitete Verbot der betreffenden Handlung gegenüber dem durch dieses Verbot Beschränkten, wenn er diese Handlung vornimmt oder vornehmen will.

Ob ein Erwerb noch auf andere Weise geschehen könne, ist streitig. Daß das bloße Unterlassen des Gegners an sich dem, der seinerseits nichts dazu thut, kein Recht geben kann, ist klar. Aber, meint Savigny, Besitz § 46, es gebe eine andere Art des Erwerbes: der Besitz werde allerdings nur dadurch begründet, daß der Erwerber die fr. Servitut *als Recht* ausübe, das geschehe aber, wenn das Unterbleiben des entgegenstehenden Rechts seinen Grund habe in einem dem Besitzer zustehenden *Erwerbstitel*, der ihn zum Verbot berechtigt. Sonach, meint er, erfolge der Erwerb der negativen Servitut auf zweierlei Weise: 1. dadurch, daß die entgegengesetzte Handlung versucht und verhindert wird; 2. durch jede juristische Handlung, welche ihrer Natur nach das *Recht* der Servitut übertragen kann.

Mit dieser Ansicht kann man sich jedoch nicht einverstanden erklären. Durch ein Rechtsgeschäft kann kein Besitz erworben werden, sondern nur durch Handlungen des Erwerbers, welche auf Besitzergreifung abzielen.

Wenn demnächst auch bei dieser wie bei jeder andern Art des Besitzes nicht unbedingt die Ausübung der äußeren Handlung nöthig ist, namentlich nicht bei geschehener Tradition und ähnlichen Arten der Besitzeinweisung, so ist doch erforderlich, daß von Anfang an die Begründung des Herrschaftsverhältnisses durch eine äußere Thatsache erkennbar gemacht wird, welche nicht allein die Möglichkeit der Herrschaft gewährt (was z. B. durch derartige Besitzeinweisung geschehen kann) sondern auch das Vorhandensein des Besitzwillens auf Seiten des Erwerbers unzweifelhaft documentirt. Um die bestimmte Richtung des letzteren erkennbar zu machen, wird denn *in der*

Regel wenigstens die einmalige Vornahme einer Besitzhandlung geschehen müssen. Es ist nicht schlechthin richtig, wenn Windscheid § 163 not. 5 annimmt: im Fall, daß der Eigenthümer den Nießbräucher induxerit in fundum eumve patiatur utifrui, so sei das schon eine Besitzübertragung, auch wenn die fr. Handlung des Erwerbers nicht gleich vorgenommen werde, und wenn das letztere auch erst später geschehe, sei doch der Besitz nicht erst durch diese und von da ab, sondern bereits mit jener inductio erworben. Die von Windscheid excerpirte l. 3 pr. D. de usufr. 7, 1. deutet an, daß die fr. Handlung gleich bei der Einweisung vorgenommen wurde, denn sie sagt eumque patiatur utifrui. Ueberhaupt giebt es keinen Besitzerwerb ohne eine Handlung des Erwerbers. Mit dem bloßen Aufgeben des Besitzes von Seiten des früheren Besitzers beginnt für jeden Andern nur erst die Möglichkeit des Besitzerwerbes. Vollzieht er den letzteren, so ist dieser immer ein originärer, und sein Beginn datirt erst von dem Augenblick, wo der Erwerber sich selbst in das Herrschaftsverhältniß eingesetzt hat. Das letztere ist demnach wesentlich für jegliche Art des Besitzerwerbs.

Auch das zweite Stück, der Besitzwille, der animus beim Quasibesitz unterscheidet sich qualitativ, d. h. nach seiner inneren Natur nicht von dem des ganzen Sachbesitzes, wohl aber quantitativ, insofern er sich auf Uebung des partiellen Herrschaftsverhältnisses beschränkt. Es wurde schon bemerkt, daß dieser, wie der Besitzeswille überhaupt ganz unabhängig ist von der Meinung, das correspondirende civilrechtlich begründete Recht zu haben [5]). Der Prätor, welcher den Besitz schützt, fragt nicht, ob der Besitzer das fr. Recht hat, und noch viel weniger, ob er es zu haben glaubt.

Zur Erhaltung und Fortsetzung des Besitzes ist auch hier nicht die fortwährende wirkliche Vornahme der entsprechenden Handlung erforderlich, sondern nur die Möglichkeit sofortiger Einwirkung, die Möglichkeit, das Herrschaftsverhältniß jeden Augenblick und gegen Jeden in Kraft zu setzen.

Auch der Verlust dieses Besitzes ist derselbe, wie beim Besitz der ganzen Sache: er geschieht corpore oder animo und zwar

a. corpore, sobald die Möglichkeit verschwindet, das Herrschaftsverhältniß willkürlich in Scene zu setzen. Wie dieß geschieht, bestimmt sich nach Inhalt und Art seiner Uebung und das ist dann

5) l. 1 § 2. 6. 7. D. 43, 19; l. 25 D. quemadm. serv. amitt. 8, 6.

in jedem einzelnen Falle nach Beschaffenheit der fraglichen Befugniß besonders zu untersuchen. Wo, wie bei Usus und Ususfruct die Detention der ganzen Sache vorausgesetzt wird, da mag der Verlust der Detention zugleich den Verlust des Besitzes mit sich führen;

b. animo, durch Aufgeben des Herrschaftswillens.

### β. Die Ersitzung.[1])

### § 45.

Die usucapio des älteren römischen Rechtes, welche wohl auch auf Dienstbarkeiten Anwendung fand, wurde bekanntlich durch eine lex Scribonia, deren Datum uns nicht genannt wird, aufgehoben.[2])

Die Ersitzung der Dienstbarkeiten, wie sie im späteren römischen Recht vorkommt, beruht auf dem Schutz, welchen die Magistrate der longa consuetudo, longi temporis consuetudo, longa quasi possessio angedeihen ließen.[3]) Der Ausdruck Praescriptio wird von dieser Ersitzung nicht gebraucht.

Schon von Alters her[4]) war es sehr bestritten, ob die bestimmte Verjährung auf Realservituten, welche eine causa discontinua haben, Anwendung finde, und man neigte sich mehr zu der Ansicht, daß nur unvordenkliche Verjährung hier zulässig sei. Die letztere Meinung hat noch heute ihre Vertreter.[5]) Indessen wird man sich doch für die Zulässigkeit der bestimmten Verjährung auch für diese Servituten entscheiden müssen.

Neuerdings hat Zimmern in seinem und Neustedtel's römisch-rechtl. Untersuch. Nr. 5 eine bestimmte Ersitzungszeit gänzlich abgeleugnet, indem er meint, es müsse in jedem besonderen Falle das Ermessen des Richters entscheiden. Indessen ist diese curiose Ansicht mit Recht allgemein verworfen worden.

Eine Ausnahme von der bestimmten Verjährung statuirte man früher bei den servitutes discontinuae, indem man für diese nur eine Immemorialverjährung zulassen wollte. Diese Ansicht scheint

1) Vergl. Busch, Archiv f. d. civil. Prax. XXXI. S. 241 ff.

2) l. 4 § 29 D. de usurp. 41, 3.

3) Vergl. l. 10 pr. D. si serv. 8, 5; l. 1 § ult. D. de aqua 39, 3; l. 5 § 3 D. de itin. 43, 19; l. 28 D. de S. P. U. 8, 2; l. 25 D. quem-adm. serv. 8, 9; l. 1. 2. C. de serv. 3, 24. — Ueber l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3 vergl. Unterholzner S. 144, Vangerow I. S. 870, Windscheid § 213 not. 1.

4) Cf. Capolla cap. XIX.

5) Flach, Entscheidungen des O.-A.-G. zu Wiesbaden II. S. 1—3; Pfeiffer, pract. Ausf. II. S. 116 u. VII. S. 255.

aus der Erwägung hervorzugehen, daß die längeren Zwischenräume der Ausübung solcher Servituten nicht genügten, um den Servitutenerwerb in so kurzer Zeit zu vollenden. Allein es ist das eine legislatorische Erwägung, auf welche, da sie in den Quellen nicht adoptirt ist, nichts ankommt. Diese Ansicht ist auch ziemlich allgemein verworfen, wennschon aus der Praxis noch nicht ganz verschwunden.[6])

Uebrigens muß noch bemerkt werden, daß in den Fällen, in denen die ordentliche Ersitzung des Eigenthums cessirt — an Sachen extra commercium, res fiscales, res vi possessae, während der Minderjährigkeit des Eigenthümers ꝛc. — die Ersitzung auch der Servituten nicht stattfindet, da der Grund, welcher jene ausschließt, auch hier zutrifft.[7])

Erfordernisse dieser Ersitzung sind folgende:

1) Besitz und Fortdauer desselben während der Ersitzungszeit. Hiervon gilt, was oben über Erwerb und Erhaltung des Besitzes gesagt worden ist. Für die servitutes discontinuae pflegt man in dieser Beziehung besondere strengere Grundsätze aufzustellen. Einige Juristen nämlich fordern zur Erhaltung des Besitzes, daß die fragliche Handlung wenigstens einmal in jedem Jahre ausgeübt werde,[8]) ja bei Wegegerechtigkeiten sogar dreißig Mal in jedem Jahre.[9]) Das Richtigere ist wohl, daß die Frage, wie oft diese Handlung wiederholt werden muß, um die Fortdauer des corpus und des Besitzwillens zu documentiren, sich nach den Umständen des concreten Falles richtet, und daß darüber lediglich das richterliche Ermessen entscheidet.[10])

2) Fehlerloser Besitz (nec vi, nec clam, nec precario) wie beim Besitz der ganzen Sache;[11]) übrigens braucht auch hier der Besitzer, wenn er klagt, nicht die Abwesenheit von Fehlern darzuthun,

6) Vergl. Pfeiffer, pract. Ausf. II. S. 114 ff., VII. S. 254 ff. Flach, Entscheid. II. Nr. 1. Hufnagel, Mittheil. II. S. 132 ff.

7) Anderer Meinung ist Puchta § 188 not. m.

8) Hasse S. 408. Seuffert Arch. I. 408 a. E.

9) Muther § 30. 36., vergl. Hasse S. 408. Hoffmann S. 17, vergl. ferner Bangerow § 355. Anm. 1.

10) Vergl. Busch a. a. O. S. 256 ff.: „es sei eine animo domini (?) vorgenommene, so häufige Ausübung der Servitut die Verjährungszeit hindurch erforderlich, daß dieselbe auf überzeugende Weise das Bild eines diuturnus usus, einer longa consuetudo in dem Richter hervorrufe. Bestimmtere Vorschriften lassen sich nicht geben, und darum finden wir sie auch nicht in den Quellen."

11) l. 1 § ult. D. 39, 3; l. 10 pr. D 8, 5.

es genügt vielmehr, wenn nicht aus seiner eigenen Darstellung die Fehlerhaftigkeit des Besitzes hervorgeht.

3) Nach heutigem Recht, bona fides des Ersitzenden.[12]) Es ist das bestritten.[13]) Die älteren Juristen, so Cäpolla cap. XIX. nahmen an, daß auch ein Titel erforderlich sei, und finden einen solchen vielleicht im Hinblick auf l. 2 C. de serv. 3, 34 (allein der Ausdruck eo sciente ist nur auf das Erforderniß der Oeffentlichkeit, des nicht Clandestinen zu beziehen), z. B. in dem Falle, wo der Eigenthümer um die Vornahme einer entsprechenden Handlung weiß und sie duldet. Das römische Recht kennt jedoch dieses Erforderniß nicht — es verlangt ja nicht einmal bona fides — auch ist es durch das canonische Recht nicht eingeführt, wiewohl das von Vielen behauptet wird. Die richtige Ansicht ist eben, daß derjenige, welcher aus dem Besitz klagt, der Ausführung eines Titels und der Rechtfertigung und des Nachweises seiner bona fides durch diesen Titel nicht bedarf, daß es vielmehr dem Gegner obliegt, die Abwesenheit dieser bona fides darzuthun.[14])

4) Die Ersitzungszeit beträgt nach römischem Recht 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes.[15]) Vollendet ist die Ersitzung mit Anbruch des letzten Tages.

Bei Grunddienstbarkeiten findet Besitzeszurechnung statt.[16])

Particularrechtlich ist die Dauer der Verjährungszeit anders bestimmt. In den Ländern sächsischen Rechts beträgt sie 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage.[17])

Schließlich ist noch zu bemerken, daß Einige auch eine außerordentliche Ersitzung in derselben Weise wie beim Eigenthum zulassen.[18])

---

12) Nach c. 20 X. de praescr. 2, 26.

13) Von Puchta § 188. Brinz S. 275.

14) Vergl. hierüber Unterholzner S. 172. Hoffmann a. a. O. Hasse S. 401—410. Busch § 10. 12. Vangerow S. 871. Elvers S. 740—48. Seuffert, Arch. I. 408. IX. 132. Windscheid § 213 not. 6. 7.

15) l. 2 Cod. de serv. 3, 34. l. 12 C. de praesc. 7, 33.

16) Seuffert, Arch. I. 323. l. 15 pr. D. de div. t. praescr. 44, 3.

17) Haubold, Sächs. Privatr. §. 191. Cf. auch Oesterreich. Gesetzbuch art. 481. Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 22. § 16—24.

18) Vergl. Elvers S. 749. Seuffert Arch. V. 101. 144. XIII. 131., Windscheid, Pand. § 213. not. 9., a. M. Vangerow I. S. 873 u. a.

## V. Endigung der Servituten.

### 1. Im Allgemeinen.

### § 46.

Die Beendigungsarten der Servituten ſind theils allgemeine aller Rechte (Wegfall der Subjecte: Tod der Perſon, Untergang des herrſchenden Grundſtücks — Aufgeben des Rechts von Seiten des Berechtigten, Verjährung — Reſolutivbedingung und Endtermin), und bezüglich aller Sachenrechte (Untergang und Veränderung des Objects), theils allgemeine der Servituten (Confuſio, Conſolidatio). Wir werden ſie demnächſt einzeln zu betrachten haben.

### 2. Insbeſondere:

#### a. Durch Verzicht des Berechtigten.

### § 47.

Das alte römiſche Recht kennt eine Wiederabgabe der Servituten durch eine ſolenne in jure cessio und bei Wege- und Waſſerſervituten, wie es ſcheint, durch mancipatio, [1]) entſprechend der Art ihrer Beſtellung und gemäß dem Grundſatze, daß die Rechte durch denſelben Act wieder aufgelöſt werden, durch welchen ſie conſtituirt ſind. Im juſtinianeiſchen Rechte ſind dieſe ſolennen Acte aufgehoben, und es entſteht nun die Frage, was an deren Stelle getreten. Die Quellen reden von einem cedere, concedere und relinquere usumfructum, und aus dieſer nicht ganz unzweifelhaften Art des Ausdrucks entſtammt die vielverhandelte Streitfrage, ob das einſeitige Aufgeben, die einſeitige Willenserklärung des Berechtigten, alſo bloſe Dereliction genüge, [2]) oder ob nicht vielmehr die Acceptation Seitens des Eigenthümers der ſervitutbelaſteten Sache, an deſſen Stelle übrigens auch wohl der Emphyteuta oder Superficiar ſoll fungiren können, hinzukommen müſſe. [3])

Die Verfechter der Anſicht, welche Acceptation von der Gegen-

---

1) Gaj. II. 30 ff. Paul S. R. III. 6. § 28. 32.

2) Brinz S. 278; Vangerow I. § 127; Bacher, Jahrb. f. Dogm. V. S. 222 ff. insbeſ. 243 ff.

3) Fritz, Erläuterungen I. S. 385. 392. Elvers S. 766—69. Sintenis I. § 66. not. 12. Arndts § 193. Anm. 2. Windſcheid § 215 not. 12.

seite verlangt, nehmen an, daß die Quellen nichts über die Frage entscheiden — worüber wir später reden werden — und suchen aus allgemeinen Erwägungen Anhaltepuncte für die Ergänzung dieser vermeintlichen Lücke zu gewinnen.

Fritz, der Hauptbegründer dieser Ansicht, findet die gegentheilige Meinung auffallend, da das römische Recht sonst zur Aufhebung eines erworbenen Rechts nicht weniger verlange als zu seiner Begründung, und beruft sich hierfür auf die bekannten Stellen l. 35, l. 153 de R. J. 50, 17. Diese Stellen lauten folgendermaßen:

l. 35 cit.: Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

l. 153 cit.: Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

Die erste Stelle handelt von den formellen Aufhebungsarten des älteren Rechts und hat für das heutige Recht keine volle Bedeutung mehr;[4]) sie betrifft auch lediglich das Obligationenrecht, würde also auf die Servitutenlehre nur mit Vorsicht angewandt werden dürfen. Nehmen wir die Worte der zweiten Stelle: quibus modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur und geben ihre Anwendbarkeit auf unsere Frage zu, so folgt daraus meines Erachtens gerade das Gegentheil von der Fritz'schen Ansicht. Es heißt in dieser Stelle: auf dieselbe Weise, wie ein Recht entsteht, könne es aufgehoben werden. Nun ist allerdings der Vertrag eine Entstehungsart der Servitut, folglich auch eine Aufhebungsart, mithin könnten Servituten allerdings durch Verträge aufgehoben werden. Allein der Vertrag ist nicht der einzige Weg, eine Servitut zu begründen, vielmehr werden die Dienstbarkeiten — wie so eben erörtert ist — auch durch Ersitzung erworben. Ersitzung ist ein einseitiger Act des Erwerbers, welcher ohne, ja gegen den Willen des Belasteten erfolgt. Es würde also aus dem vorangestellten allgemeinen Satze folgen, daß Dienstbarkeiten auch durch Verjährung, resp. Nichtgebrauch, also durch einen einseitigen Act des Berechtigten verloren gehen könnten. In

4) Cf. Savigny, Syst. IV. S. 544.

der That würde es auch geradezu eine Abnormität sein, wenn eine Servitut ohne, ja gegen den Willen des Belasteten entstehen, aber nur mit dessen Willen untergehen könnte.

Man bedenke ferner: es kann der Fall sein, daß zu dem Zeitpunct, wo der Berechtigte die Servitut aufgeben will, gar Niemand existirt, welcher im Namen des belasteten Grundstücks der Aufhebung zustimmen könnte, z. B. wenn die Sache zu diesem Zeitpunct herrenlos ist. Wenn da der Berechtigte diese Zustimmung zur Aufhebung der Servitut haben *muß*, aber thatsächlich und rechtlich nicht erlangen *kann*, so wird dadurch die Servitut gegen seinen Willen perpetuirt. Man sieht, wohin die aufgestellte Ansicht führt. Sie ist nicht zu billigen.

Der Unterschied zwischen dinglichem und persönlichem Recht darf nicht außer Auge gelassen werden. Bei Forderungsrechten stehen sich immer zwei Personen, eine berechtigte und eine verpflichtete Person gegenüber, dergestalt, daß das Band, welches sie beiderseitig selbst um einander geknüpft haben, regelmäßig auch nur unter beiderseitiger Einwilligung gelöst werden kann.

Beim Sachenrecht dagegen existirt keine Beziehung von Person zu Person, und wenn auch in gewissen Fällen das dingliche Recht durch einen Vertrag, also durch eine solche Beziehung von Person zu Person entsteht, so ist doch diese Begründungsform auf den Inhalt des entstandenen Rechts selbst ohne Einfluß. Das dingliche Recht im Gegensatz des obligatorischen Rechts enthält keine Beziehung von Person zu Person, sondern eine Beziehung einer Person auf eine Sache. Es ist daher gar nicht zu verstehen, wie man bei der Frage nach dem Untergang eines dinglichen Rechts als nothwendiges Stück etwas aufstellen kann, was doch wieder diese Beziehung von Person zu Person voraussetzt und zum Grunde hat. Die Einwilligung eines belasteten Dritten, des Eigenthümers, Emphyteuta oder Superficiars ist für das Aufgeben dinglichen Rechts Seitens des Berechtigten etwas ganz irrelevantes und nicht erforderlich, um die beabsichtigte Wirkung der Servitutaufhebung hervorzubringen.

Etwas ganz anderes ist es, daß gewisse Gestaltungen der Servituten obligatorische Beimischungen, obligatorische Elemente durch Vertrag oder Gesetz zugesellt erhalten haben, wie dieß namentlich beim Ususfruct der Fall ist. Ihnen ist nun freilich eine Beziehung von Person zu Person beigemischt. Sie sind daher auch, soweit diese Beziehung reicht, nicht durch einseitigen

Act des Servitutberechtigten, der hier wieder ein obligatorisch *Verpflichteter* ist, aufzuheben, vielmehr können die obligatorischen Elemente nur durch Uebereinstimmung beider betheiligten Theile aufgelöst werden. Wenn daher auch der Servitutberechtigte einseitig sein dingliches Recht aufgeben mag, so kann er sich doch dadurch allein nicht von den ihm aufliegenden Verpflichtungen (Kaufgeld oder Pachtgeld, canon etc.) befreien, sondern bleibt hierfür so lange verhaftet, bis sein Gegner in die Aufhebung der Verbindlichkeiten einwilligt. Doch besteht selbst hiervon eine Ausnahme für den Fall der Reparatur einer mit dem Usufruct belasteten Sache: da nämlich die Reparaturkosten, die den Usufructuar treffen, den Werth des Nießbrauchs möglicherweise absorbiren, ja übersteigen mögen, so soll hier der Berechtigte zur Aufgabe des Nießbrauchs befugt sein und sich dadurch von der Reparaturpflicht befreien können; so heißt es in l. 48 pr. D. 7, 1: si paratus sit recedere ab usufructu fructuarius, non est cogendus reficere.

Ich finde in dieser Stelle noch ein weiteres Argument für meine Ansicht. Wenn es nämlich zulässig erscheinen mochte, in diesem Falle eine Beziehung von Person zu Person einseitig zu lösen, und eine *Verpflichtung* einseitig aufzuheben, wie viel weniger mag es da bedenklich sein, durch den Berechtigten, dem keine Person gegenübersteht, ein *Recht* einfach aufgeben zu lassen.

Allerdings spricht diese Stelle, so wie

l. 64 cit.: quum usufructuarius paratus est usumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et usufructuario hoc onus incumbit. Sed et post acceptum contra eum judicium, parato fructuario derelinquere usumfructum, dicendum est, absolvi eum debere a judicio,

und l. 65 cit.: zunächst nur von einem paratus derelinquere, von einer Bereitwilligkeit, den Usufruct abzugeben, und darin finden die Gegner unserer Ansicht die Beziehung auf eine gegnerische Erklärung, welche sich durch diese nachfolgend erklärte Bereitwilligkeit zu einem Vertrage gestaltete und so die Servitut auflöste. Allein das heißt denn doch der Stelle Gewalt anthun. Ich erkläre sie so: Wenn der Servitutberechtigte bereit ist, das Recht aufzugeben, so kann er nicht zur Reparatur gezwungen werden; ob es nun noch wirklich zur Abgabe kommt oder nicht, steht dahin, denn es kann dem Eigenthümer des betreffenden Grundstücks unter Umständen vortheilhaft sein, die Reparatur selbst vorzunehmen und den Usufructuar zu entlasten und

fernerhin im Nießbrauch zu belassen. Thut er das, so bleibt es bei diesem paratus esse derelinquere auf Seiten des Nießbräuchers, ohne daß es zu einer wirklichen Dereliction kommt. Die Stelle enthält bei dieser Erklärung kein Argument für die gegnerische Ansicht, sondern spricht umgekehrt gegen dieselbe. Die Quellen bezeichnen den Act, zu dessen Vornahme der Usufructuar bereit sein solle, als ein derelinquere usumfructum. Dieser Ausdruck, mit welchem das recedere in der erstangeführten Stelle identisch ist, ist bekanntlich ein ganz unzweifelhafter terminus technicus für das einseitige Aufgeben einer Befugniß, welches ohne fremde Zustimmung geschieht und einer solchen überhaupt nicht bedarf. Wenn die citirten Stellen also diese Aufhebung der Dienstbarkeit als derelinquere servitutem bezeichnen, so heißt das mit anderen Worten, daß die Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitiges Aufgeben des Rechts, durch den einfachen Verzicht des Berechtigten vollzogen werde.

Man kann auch keinen Grund gegen diese Auffassung aus dem Umstande herleiten, daß andere Stellen von einem cedere usumfructum reden, so

§ 3 J. de usufr.: 2, 4: .... Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agit) ....

Diese Stelle, welche ohne Zweifel eine Reminiscenz an die frühere in jure cessio enthält, denkt bei dem Ausdruck cedere gewiß nicht an eine wirkliche Cession, an das Rechtsgeschäft der cessio im heutigen Sinne, wonach wir unter cessio die Uebertragung eines Rechts auf einen Anderen verstehen. Ein solcher Uebergang der Dienstbarkeit ist weder auf einen extraneus, noch auf den dominus möglich; der Usufruct ist überhaupt nicht übertragbar und auch nicht einmal auf den Eigenthümer in der Weise: daß dieser nun den Usufruct als besonderes dingliches Recht hätte. Es wird ausdrücklich gesagt: finitur ususfructus, so daß also an eine Uebertragung, d. h. an Fortbestand des Nießbrauchs bei einem Anderen gar nicht gedacht wird. Die Beendigung durch cessio ist auch hier ein recedere, ein derelinquere.

Hieraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der Darstellung von Bacher, Jahrb. f. Dogmatik ꝛc., V. S. 245, welcher behauptet, daß der Usufructuar den Nießbrauch durch die Dereliction herrenlos mache und denselben daher, so lange der Eigenthümer ihn nicht occupirt,

wieder an sich nehmen könne. Bacher beruft sich für seine Meinung auf die Analogie des Eigenthümers, der eine Sache derelinquirt, und meint, zwischen beiden Fällen bestehe nur der Unterschied, daß beim derelinquirten Eigenthum jeder Dritte occupiren könne, beim derelinquirten Nießbrauch aber nur der Nießbräucher und der Eigenthümer, denn der Nießbrauch sei ein höchst persönliches Recht, das nur den Rückfall an den Eigenthümer oder an den gewesenen Usufructuar zulasse. Dagegen ist mancherlei einzuwenden, vor allem, daß obige Stelle ausdrücklich sagt: finitur ususfructus.

Ferner ist nicht recht zusammen zu reimen, wie ein „höchstpersönliches" Recht von seinem Subject abgetrennt werden und selbstständige Existenz erhalten könne. Das Kriterium des „Höchstpersönlichen" — wenn das überhaupt Existenz haben soll — kann doch wohl nur darin bestehen, daß das fragliche Recht von der Persönlichkeit seines Subjects nicht abgenommen und auf Andere übertragen werden mag, ja, daß eine gewaltsame Loslösung von seinem Subject den Untergang des Rechts zur Folge haben muß. Die Consequenz solcher „höchstpersönlichen" Qualification führt also auch dahin, daß durch des Berechtigten Verzicht finitur ususfructus.

Zur Erläuterung der gegebenen Darstellung und zur Correctur zurückgewiesener Irrthümer mögen hier noch folgende Bemerkungen stehen. Es wurde schon früher bemerkt, daß die Servitutenbestellung keine Herausnahme von Befugnissen aus dem Eigenthum in der Art ist, daß nun der Eigenthümer diese Befugnisse gar nicht mehr hätte. Vielmehr enthält sie nur eine Beschränkung des Eigenthümers in der Ausübung dieser Befugnisse, und auch diese nur insoweit als sie der Nutzungsbefugniß des Servitutberechtigten entgegenstehen würde. Folgeweise gewinnt der Eigenthümer, wenn der Servitutberechtigte die Dienstbarkeit aufgiebt, durch die Aufhebung der Servitut kein neues Recht, das er nicht schon vorher gehabt hätte, sondern es wird nur die in der Servitut liegende Beschränkung der Ausübung seines Rechts, seines Eigenthums ꝛc. von ihm genommen.

### b. Durch Endtermin und auflösende Bedingung.

### § 48.

Eine persönliche Dienstbarkeit, welche bis zu einem Endtermin oder mit einer Resolutivbedingung bestellt ist, erlischt mit Eintritt des

oder der letzteren ipso jure.[1]) Eine Realſervitut aber, meinen Viele,[2]) wird in gleichem Falle nur ope exceptionis aufgehoben. Es iſt das in den Quellen nicht ſo beſtimmt geſagt, auch die Mehrzahl der Juriſten mit Recht geneigt, im Hinblick auf die neueſte Entwicklung der einſchlagenden Rechtsmaterien der Reſolutivbedingung und dem Endtermin ſowohl für perſönliche, wie für Realſervituten ſofort directe Wirkung zuzugeſtehen.[3])

### c. Durch Verjährung.[1])

### § 49.

Auch durch Verjährung gehen Dienſtbarkeiten unter. Nur der Nießbrauch, welcher alternis annis gegeben iſt,[2]) ferner das Recht der Wohnung[3]) und das Recht des Weges zu einem Grabmal[4]) ſind von ſolcher Verjährung ausgenommen. Die letztere regelt ſich nach folgenden Grundſätzen:

Die Perſonalſervituten gehen durch bloſen Nichtgebrauch während der Verjährungsfriſt unter.[5]) Nur der Quaſiuſusfruct macht hiervon eine Ausnahme; da hier nämlich nicht ein Nutzungsrecht, ſondern das Eigenthum auf den Berechtigten übergeht, ſo iſt hier der Verluſt durch Nichtgebrauch gar nicht anwendbar.[6])

Für Urbanalſervituten iſt beſtimmt, daß hier eine usucapio libertatis von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundſtücks hinzukommen müſſe. Die entſcheidende Stelle iſt l. 6 D. de S. P. U. 8, 2.: (Gaj. lib. VII. ad edictum prov.) Haec autem jura — nämlich serv. praed. urbanorum — similiter, ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat ....[7])

---

1) l. 15 D. h. t. 6, 4; l. 5 C. de usufr. 3, 33.
2) Unter Berufung auf l. 4 D. de serv. 8, 1.
3) Schrader civil. Abhandl. S. 324—332. Bangerow I. S. 809. Elvers § 19. Sintenis l. § 64. not. 16. Keller § 317. Windſcheid § 212. not. 9.

1) Unterholzner, Verjährungslehre II. § 217—34. Wirth, d. libertatis usucapio (1854).
2) l. 28 D. quib. mod. usufr. 7, 4: quia plura sunt legata.
3) l. 10 pr. D. de usu 7, 8.
4) l. 4 D. quemadm. serv. 8, 6.
5) § 3 J. de usufr. 2, 4. Fragm. Vat. 46. l. 25. l. 28 D. quib. mod. usufr. 7, 4. l. 13 D. de usu et usufr. leg. 33, 2.
6) Fragm. Vatic. 46.
7) Vergl. auch l. 7; l. 32 pr. § 1 eod.; l. 17 D. comm. praed. 8, 4; l. 18 § 2 D. quemadm. serv. ammitt. 8, 6; l. 4 § ult. D. de usurp. 41, 3.

Von den Rusticalservituten wird in der ebencitirten Stelle gesagt, daß sie durch einfachen Nichtgebrauch verloren gehen. Neuere Juristen haben jedoch bezweifelt, daß alle ländlichen Servituten durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, indem sie es für unentschieden halten, ob in den bezüglichen Stellen, zumal in l. 6 cit. unter servitutes rusticae nicht blos die vier (von Elvers als älteste bezeichneten) Servitutenformen iter, actus, via und aquaeductus gemeint seien, so daß es bezüglich der anderen ländlichen Servituten an einer ausdrücklichen Entscheidung mangelte. So namentlich Zachariä v. Lingethal üb. d. Unterscheidung zwischen s. p. r. und urb. S. 70 ff. und Elvers § 40, welche in der That eine solche Beschränkung behaupten und durch manche, zum Theil sehr gesuchte Gründe nachzuweisen suchen. Ein Hauptargument scheint dabei sein zu sollen, daß Gajus nur jene vier ältesten Formen als ächte Rusticalservituten anerkannt habe, daß er daher auch in der von ihm herrührenden l. 6 cit. mit solcher Beschränkung verstanden werden müsse. Es mag unentschieden bleiben, ob die Stelle in ihrer ursprünglichen Verbindung bei Gajus eine solche Beschränkung hatte; so wie sie jetzt in den Pandecten steht, zeigt sie jedenfalls keine Spur einer solchen. Denn da es schlechtweg heißt jura praediorum rusticorum, und da der heutige, in den Pandecten ausgedrückte Begriff der Rusticalservituten sich nicht auf jene vier Formen beschränkt,[8]) so liegt auch gegenüber dieser Stelle kein Grund vor, anzunehmen, daß der Verlust durch bloßen Nichtgebrauch nur bei diesen vier Arten ländlicher Dienstbarkeiten eintrete. Wenn demnach auch Gajus den Kreis der ländlichen Dienstbarkeiten auf jene vier Formen beschränkte, so thun dies doch die Compilatoren nicht, und wenn sie daher Regeln für die Rusticalservituten schlechthin geben, so müssen dieselben folgeweise auf alle zu den Rusticalservituten gezählten Arten bezogen werden.

Der Versuche, ein anderes Resultat zu gewinnen, sind noch mehrere. Darunter ist der von Windscheid Pand. § 216 gemachte bemerkenswerth. Er stellt als Regel auf: es werden persönliche Dienstbarkeiten und solche Realservituten, „welche zu einzelnen, sich wiederholenden Handlungen berechtigen, durch die Nichtausübung

8) l. 1 § 1 D. de s. pr. r. 8, 3: In rusticis computanda sunt: aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

während der Verjährungszeit aufgehoben; dagegen iſt bei denjenigen Grunddienſtbarkeiten, welche einen dauernden Zuſtand der herrſchenden oder dienenden Sache begründen, Erſitzung der Freiheit erforderlich."

Dieſe Darſtellung hängt mit der Windſcheid'ſchen Auffaſſung von dem Weſen der ſtädtiſchen und ländlichen Dienſtbarkeiten zuſammen. Es können nun zwar die ebenbezeichneten Beziehungen nicht als das karakteriſtiſche Merkmal der ſtädtiſchen und reſp. der ländlichen Servituten anerkannt werden, da vielmehr lediglich die Qualität des herrſchenden Grundſtücks das Entſcheidende iſt. Jedoch liegt in den angedeuteten Beziehungen — ſofern ſie nur auf ihr gehöriges Maß zurückgeführt werden — wenigſtens die Ahnung des richtigen Grundes für die Entſcheidung der Frage, welche Servituten durch bloſen nonusus, welche nur durch libertatis usucapio verloren gehen können.

Daraus nämlich, daß die ſtädtiſchen Servituten die unmittelbare Beziehung auf ein herrſchendes Gebäude haben, folgen, wie ſchon früher angedeutet wurde, gewiſſe thatſächliche Beſonderheiten. Insbeſondere verlangt eine ſolche unmittelbare Richtung auf ein Gebäude gewiſſe Vorrichtungen des herrſchenden Grundſtücks, die dann durch ihr Vorhandenſein das Daſein dieſer beſtimmten Servitut äußerlich erkennbar machen. So documentirt der eingefügte Balken die servitus tigni immittendi, die aufruhende Mauer die servitus oneris ferendi, die nach dem Nachbargrundſtück herausgehende Thür die s. itineris oder viae u. ſ. w. Es iſt das keine *rechtliche* Beſonderheit, ſondern eine rein *thatſächliche* Eigenthümlichkeit ſtädtiſcher Dienſtbarkeiten, daher auch die Begriffsbeſtimmung hierauf keine Rückſicht nehmen darf.

Hieraus entſpringt Folgendes:

Es wurde ſchon oben auseinandergeſetzt, daß das jus in re ein Herrſchaftsverhältniß über die Sache ſelbſt, und als ſolche an ſich von ganz gleicher Qualität, wie die dem Eigenthum inwohnende Herrſchaft, jedoch in Beziehung auf die möglichen Seiten der Sachbeherrſchung quantitativ und demnächſt auch qualitativ von demſelben verſchieden iſt und demnächſt auch bei den einzelnen Formen der jura in re gewiſſe Verſchiedenheiten zeigt.

Die rein körperliche Seite dieſes Herrſchaftsverhältniſſes, das uti, oder das corpus, wie es ſpecifiſch in der Beſitzlehre genannt

wird, gestaltet sich insbesondere bei den ländlichen Dienstbarkeiten anders als bei den Urbanalservituten.

Die ländlichen Dienstbarkeiten sind nicht mit der Detention der ganzen Sache verbunden, sondern bestehen ohne solche Beziehung in einer vom Besitz der ganzen Sache ganz unabhängigen Handlung, welche das Herrschaftsverhältniß über die einzelnen Sachwerthseiten repräsentirt. Nur die fortwährende Vornahme der fraglichen Handlung scheint daher die dem Besitz karakteristische, bei solchen Servituten ohnehin etwas problematische Möglichkeit, das Herrschaftsverhältniß sofort zu reproduciren, garantiren zu können. Daher wird, sofern die Perpetuität solcher Handlungen unterbrochen ist, der Besitz bereits als corpore verloren zu betrachten sein.

Anders gestaltet sich das bei den Urbanalservituten. Man muß hier scheiden zwischen denen, deren Inhalt sowohl als Rustical- wie als Urbanalservituten vorkommen können, und denen, die lediglich Urbanalservituten sind.

Einige der ersteren, z. B. die einem Hause zustehenden Wegegerechtigkeiten bestehen gleich den entsprechenden Rusticalservituten in einzelnen wiederkehrenden Handlungen des Eigenthümers der herrschenden Sache. Daher würde an sich die Unterlassung dieser Handlung den Verlust der Servitut entscheiden. Allein sie ist einem Gebäude zuständig und wird folgeweise jene Vorrichtungen, Thür ꝛc. zeigen, deren oben gedacht wurde. So lange diese noch bestehen, resp. wirksam bestehen, ist nicht allein die Absicht der Servitutenübung als fortdauernd anzunehmen, sondern auch die Möglichkeit sofortiger Reproduction wirklicher Ausübung, mithin auch die Fortdauer des corpus gewiß. So lange also besteht das Herrschaftsverhältniß noch in voller Kraft.

Was die Servituten zweiter Art betrifft, so ist — man verkennt das fälschlicherweise — auch bei ihnen ein uti nachweisbar. Das uti besteht in der Errichtung und Erhaltung derjenigen Vorrichtungen, welche diesen Servitutenarten eigenthümlich sind, wobei denn nicht fortwährend ein weiteres Handeln einer Person erforderlich erscheint. Ein nonusus aber tritt ein, sobald diese Vorrichtung weggenommen, resp. so lange sie noch nicht wieder hergestellt ist. Ein Verlust des Besitzes ist damit noch nicht, wenigsteus nicht unbedingt verbunden, denn an sich bleibt dabei die Möglichkeit sofortiger Reproduction der Servitutenübung. Man setze den Fall: der Reparatur wegen oder aus sonstigen Gründen entfernt der Berech-

tigte ſeine Balken aus der dienenenden Wand des Nachbars, oder trägt ſein Haus ab, welches auf der dienenden Nachbarwand auflag. So lange nur dieſe dienende Wand noch beſteht, reſp. in der erforderlichen Weiſe beſteht, bleibt hier die Möglichkeit, durch Wiedereinfügung des Balkens, durch Wiederaufbau des Hauſes das alte Herrſchaftsverhältniß zu erneuern. Die Fortdauer der durch die Servitut vorgeſchriebenen Qualität des dienenden Grundſtücks iſt es, welche hier den Fortbeſtand der Servitut ſelbſt dann, wenn die Vorrichtung des berechtigten Grundſtücks verändert oder gänzlich hinweggenommen ſein ſollte, noch immer markirt.

Wenn hiernach beim nonusus auf die vorgedachte Weiſe die Möglichkeit ſofortiger Herrſchaftsreproduction erhalten bleibt, ſo iſt es, um den Servitutenverluſt zu entſcheiden, erforderlich, dieſe Möglichkeit durch irgend welche poſitive Handlung auszuſchließen. Dieß geſchieht z. B. beim iter und bei der via, wenn die herausführende Thür des betreffenden Grundſtücks dergeſtalt verſchloſſen, verbaut ꝛc. wird, daß dem Berechtigten der Ausgang verwehrt iſt; bei der servitus tigni durch Ausfüllen der Oeffnung, in welcher der Balken ꝛc. eingefügt war; bei der s. oneris ferendi durch Wegreißen der Unterſtützungsmauer. [9]). Dieſe Vorgänge begründen die usucapio libertatis. Sie beſteht in der auf obengedachtem Wege hergeſtellten Ausſchließung der Möglichkeit, das Herrſchaftsverhältniß willkürlich zu reproduciren. Wurde das dienende Grundſtück unter Umſtänden und Vorrichtungen, welche dieſe Möglichkeit ausſchloſſen, die Verjährungsfriſt hindurch beſeſſen, ſo iſt der Verluſt des Servitutrechts entſchieden, die usucapio libertatis vollendet [10]).

---

9) Das bloſe Nichtdaſein der Mauer, ohne daß durch irgend welchen Vorgang die Servitutausübung unmöglich gemacht worden iſt, genügt nicht; l. 18 § 2 D. 8, 6: Si, quum jus haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit (etwas Anderes iſt: das aedificatum eigenmächtig wegreißen), ideoque nec tu immittere potueris, non ideo magis servitutem ammittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui jus tuum non interpellavit. Das letztere, das die Ausſchließung der Servitut bewirkende Handeln iſt weſentlich.

10) Cf. auch Preuß. Landr. I. 22 § 16, „Grundgerechtigkeiten, deren Daſein aus einer zu ihrer Ausübung in der belaſteten Sache vorhandenen fortwährenden Anlage von einem Jeden erkannt werden kann, bedürfen keiner Eintragung in das Hypothekenbuch“ .... § 50: „Grundgerechtigkeiten hingegen, deren Eintragung nach § 16. 17. nicht nothwendig iſt, erlöſchen mittelſt der Verjährung durch Nichtgebrauch, wenn ſie nicht eingetragen. und in dem Falle des § 16 die Anſtalt oder Anlage, aus welcher ihr Daſein erſichtlich war, weggeſchafft

Daß aus der Natur der servitus altius tollendi, bei welcher natürlich keine Usucapion der Freiheit stattfinden kann, kein Grund gegen diese Auffassung hergenommen werden kann, wie von Zachariae geschehen ist, bedarf keines Nachweises; diese ist gar keine Servitut, sondern bereits die in Servitutenform gegebene Freiheit des Grundstücks. Man sieht an diesen Beispielen recht deutlich, wohin das geistlose Anklammern an einen Ausdruck führt. Welche Schwierigkeiten hat der Name servitus denjenigen bereitet, die auf das äußere Zeichen, anstatt auf das Wesen der Sache sehen! Was für Theorieen hat man auf diesen Ausdruck „usucapio libertatis" begründet! Man möchte im Interesse solcher Juristen wünschen, daß die Compilatoren alsbald auch Commentare zu den Rechtsbüchern geschrieben und dadurch unbefugten Erklärungen ein- für allemal das Wort abgeschnitten hätten.

Aus der usucapio libertatis hat man eine wirkliche usucapio und eine wirkliche usucapio libertatis gemacht, welche, wie namentlich Elvers des Weiteren ausführt, der Eigenthumsusucapion vollständig analog sei. Auch den Gegenstand des Besitzes hat man hier nachzuweisen gewußt, dergestalt, daß man demonstrirte, das dienende Grundstück selbst werde hier besessen und zwar das dienende Grundstück in der die Freiheit documentirenden Qualität. Puchta, Institutionen Band II. § 257 erklärt die libertas rei für „eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität, die in der Sache gleichsam verkörpert ist, und so ein Gegenstand des Besitzes in dem Besitz der Sache ist"; und damit findet sich auch Elvers S. 364 einverstanden. Den Vertretern solcher Ansicht erscheint es dann wunderbar, wenn die Quellen verlangen, daß diese Qualität (das verstopfte Loch bei der s. tigni immitt. etc.) die ganze Verjährungszeit erhalten bleiben müsse, während doch sonst immer der Grundsatz gelte, daß der Besitz unbeweglicher Sachen so lange fortdauere, bis die Einwirkung auf dieselben erwiesenermaßen unmöglich geworden ist. Allein gerade in diesem Satze liegt ja der Grund des ihnen auffälligen Umstandes, nur muß man freilich nach der anderen Seite sehen: der Besitz des Servitutberechtigten geht erst verloren, wenn die Reproduction des Herrschaftsverhältnisses während der Verjährungs-

---

worden." § 51: „Doch nimmt im letzteren Falle die Verjährung erst von demjenigen Zeitpuncte, wo ausgemittelt ist (?), daß die Anlage nicht mehr vorhanden gewesen sei, ihren Anfang.

frist ausgeschlossen war, woraus von selbst folgt, daß dieser Ausschließungsgrund die ganze Zeit hindurch fortdauern muß, da durch seine Aufhebung die Möglichkeit jener Reproduction sofort wieder gegeben wäre.

Es war auch den Vertretern solcher Ansicht nicht besonders auffällig, daß hier ein wesentliches Erforderniß der Eigenthumserſitzung, der justus titulus usucapiendi nicht verlangt wird, ja Elvers S. 367 weiß hiefür die Erklärung „daß der Eigenthümer schon kraft seines Eigenthums zu jeder Handlung befugt ist, der er zur Usucapion bedarf, indem ja, soweit der Servitutberechtigte nicht ausübt (und das ist die nothwendige Voraussetzung der Usucapion) die Befugniß des Eigenthümers unbeschränkt ist, und er also auch gleichsam auf Grund des Usucapionstitels pro suo das Loch zumauern kann, welches jener nicht für seine Servitut braucht." Elvers vergißt bei seiner Argumentation, daß der Eigenthümer kraft seines Eigenthums zwar befugt ist, ohne Beeinträchtigung der Servitut die den Inhalt derselben bildende Befugniß auszuüben, aber nicht die Ausübung der Servitut durch sein Handeln unmöglich zu machen. Zu solchem für das Wesen der libertatis usucapio karakteristischen Handeln gewährt das Eigenthum, da es durch die Servitut beschränkt ist, kein Recht.

Elvers übersieht auch, in welchem Widerspruch er sich befindet, wenn er erst einen Titel für unnöthig erklärt und doch einen Titel pro suo construirt. Noch sonderbarer nimmt es sich nach dem Vorangegangenen bei Elvers aus, wenn er von dem Eigenthümer, welcher die lib. usuc. unternimmt, sagt: „Nur wenn er precario diese Handlung vornimmt, übt er sie nicht aus eigenem, sondern aus fremdem Rechte aus, und darum fehlt ihm dieser Titel, und er kann nicht usucapiren."

Diese beiden ganz richtigen Sätze, daß ein Titel nicht erfordert werde, und daß eine precario vorgenommene Handlung keine usucapio libertatis bewirke, sind einfache Consequenzen unserer obigen Ansicht. Es handelt sich hierbei nicht um den Erwerb des Herrschaftsverhältnisses für den Eigenthümer, sondern um den Verlust desselben für den Servitutberechtigten. Da kann denn von einem Titel gar keine Rede sein. Der Nichtgebrauch, welcher solchen Verlust bewirkt, ist lediglich ein Unterlassen der thatsächlichen Ausübung, des uti der Servitutenbefugniß, ohne daß es einer besonderen, rechtlich gefärbten Qualification bedürfte. Eben deßhalb

ist es auch ganz gleichgültig, ob die Vornahme der fraglichen Handlung durch den Berechtigten selbst oder durch einen Anderen, ob durch diesen Anderen für den Berechtigten oder für sich, ob in gutem oder in schlechtem Glauben geschieht,[11]) wenn sie nur überhaupt als ein Recht geschieht. Auf diese Qualification kömmt so wenig, auf die Erhaltung der thatsächlichen Herrschaft so viel an, daß das bloße Fließen des Wassers in der Wasserleitung, welches ohne alles Zuthun des Berechtigten geschieht, als Gebrauch der Servitut angesehen wird und genügt, dieselbe zu erhalten.[12])

Man muß, um dieses Absehen von jeder rechtlichen Qualification nicht auffällig zu finden,[13]) sich vergegenwärtigen, daß es sich nicht um den Erwerb eines Rechts durch Besitz, wo allerdings rechtliche Qualificationen der einzelnen Handlungen erforderlich sein würden, sondern um die Erhaltung eines bestehenden Herrschaftsverhältnisses in seiner Beziehung auf ein Grundstück handelt. Erwägt man das, so muß es ganz consequent erscheinen, daß zu solcher Erhaltung nichts weiter erfordert wird, als die Ausübung des Servituteninhalts, mit der Absicht und dem Bewußtsein, sich dabei eines eigenen oder fremden Rechtes zu bedienen. Es ist ja der Erwerb und die Erhaltung, bezüglich der Verlust eines Rechts etwas wesentlich Verschiedenes; während dort die mala fides als ein Unrecht gegen den dadurch Betroffenen erscheint, ist sie das hier nicht, da es sich um die Erhaltung eines anerkannten Rechts, welches der Betroffene gegen sich gelten lassen muß, und zwar um die Erhaltung dieses Rechts für den Berechtigten handelt. Daß das letztere der Fall ist, wird man gewiß zugeben, sofern man erwägt, daß der Berechtigte immer der Eigenthümer und der ihm Gleichgestellte ist, und daß für diesen und nur für diesen durch den Gebrauch auch des malae fidei possessor das Recht erhalten werden soll.

Es ergiebt sich auch aus solcher Erwägung die Entbehrlichkeit der Annahme, als wenn das Grundstück selbst, für welches die Ausübung geschieht, für diesen Fall als das eigentlich berechtigte Subject angesehen werden müsse.[14]) Wenn ferner der Eigenthümer auf widerrufliche Gestattung des Servitutberechtigten die der Servitut entgegengesetzte Einrichtung macht, so begiebt sich der Servitut-

11) l. 5. l. 6. l. 12 und insbes. l. 20—25 D. 8, 6.
12) l. 9 D. quemadm. serv. amitt. 8, 6.
13) Wie Elvers S. 101.
14) Cf. vorige Note.

berechtigte gar nicht der Möglichkeit sofortiger Reproduction des Herrschaftsverhältnisses, im Gegentheil sichert er dieselbe durch den Vorbehalt des Widerrufs, welcher ihm eine wirksame Klage auf Wiederherstellung des der Servitut entsprechenden Zustandes der dienenden Sache verleiht.

Nach unserer Auffassung wird man also diesen Untergang der Servituten durch Verjährung nicht als ein „singuläres Institut" betrachten, sondern erkennen, daß es mit innerer Nothwendigkeit aus dem (positivrechtlichen) Institut der Verjährung und aus der Natur der Servituten hervorgegangen ist.

## § 50.

Die Verjährungszeit war im älteren Recht bei Servituten an beweglichen Sachen ein Jahr, an unbeweglichen Sachen zwei Jahre[1]). Justinian setzte für alle Servituten ohne Unterschied eine Verjährung von zehn Jahren fest. Es geschah dies durch l. 16 § 1 C. de usufruct. 3, 33 und l. 13 C. de serv. 3, 34. Daß diese Stellen nur die Verjährungszeit betreffen und keine sonstigen Aenderungen des Servitutrechtes festsetzen wollten, ist jetzt so ziemlich unbestritten.[2])

Die Frist wird verdoppelt — nach Puchta's richtiger Bemerkung —, wenn Jemand durch Abwesenheit an der Ausübung der Servitut verhindert ist; ferner wenn die Ausübung nur zu einer bestimmten Jahreszeit oder nur in einem Monat (oder wohl gar nur einmal) jährlich gestattet ist.[3])

Man hat behauptet, daß der Nießbrauch beweglicher Sachen schon durch Nichtgebrauch von 3 Jahren verloren gehe, allein mit Unrecht „da die l. 16 C. de usufr. 3, 33 vor der l. un. C. de usuc. transf. erlassen ist, also die fraglichen Worte nur auf die Prätorische Präscription bezogen werden können, wobei auch für bewegliche Sachen 10 und 20 Jahre vorkommen," vergl. Vangerow § 357 Anm.

Es kann fraglich sein, wann die Verjährungsfrist abläuft. Windscheid § 216 Anm. 11 meint, daß sie, wenn es auf Nichtgebrauch ankomme, mit der Beendigung, wenn auf Freiheitsersitzung, mit dem Anbruch des letzten Tages ablaufe. Die Analogie der Eigenthumsersitzung, welche er auf diese Freiheitsersitzung anwendet, paßt jedoch

1) Paul. R. S. I. 17. § 1. 2. III. 6. § 30. l. 13 C de serv. 3, 34.
2) Vergl. Unterholzner § 225. Vangerow I. S. 896. 897. Elvers S. 780. Windscheid § 216. not. 2.
3) l. 7 D. 8, 6. l. 14 pr. C. de serv. 3, 34.

hier nicht, da es sich nicht um eine Ersitzung handelt. Beide Fälle sind, wie mehrfach betont wurde, Fälle der Extinctivverjährung, mithin ist in beiden Fällen die Frist erst mit dem Ablauf des letzten Tages verstrichen.

Es wurde schon bemerkt, daß keine Unterbrechung der Verjährung eingetreten sein darf. Eine Unterbrechung geschieht durch das uti des Berechtigten, durch Wegnahme der die Servitutenübung ausschließenden Vorrichtung.[4]) Windscheid § 216 behauptet auch eine Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung des Processes. Das ist auch richtig, jedoch nicht nach der Analogie der Eigenthumsersitzung, die hier gar nicht paßt, sondern deßhalb, weil die Klagerhebung die Extinctivverjährung unterbricht. Hat sie Erfolg, so wird das der Servitut entgegenstehende Werk so behandelt, als sei es mit dem Augenblick der Klagerhebung weggeräumt.

Es ist schließlich nochmals gegenüber den zahlreichen sich breit machenden Irrthümern zu wiederholen, daß es sich hier um eine Extinctivverjährung, nicht um eine erwerbende Verjährung, Ersitzung handelt, daß daher auch keinerlei Analogie der Eigenthumsersitzung Anwendung findet.

## § 51.

### d. Durch Veränderung der dienenden Sache.

Dieser Grund der Aufhebung ist den Servituten mit allen Arten der Sachenrechte gemeinsam. Sie alle gehen unter, wenn die Sache, an der sie haften, in einen Zustand versetzt wird, welcher das Fortbestehen der Rechte verhindert. Solche Zustände sind: Entziehung der Verkehrsfähigkeit der Sache, (Veräußerung durch den Regenten oder seine Gemahlin), bei wilden Thieren Wiedergewinn der natürlichen Freiheit, Untergang der Sache.

Dem völligen Untergang der Sache steht gleich eine Umgestaltung oder Veränderung derselben, welche die Ausübung des besonderen Inhalts der Servitut vereitelt. So endigen die persönlichen Dienstbarkeiten durch jede wesentliche Veränderung des Grundstücks, z. B. der Nießbrauch an einem Hause durch dessen Zerstörung, ohne auf den Boden überzugehen, so der Ususfruct an einem Gewässer mit dessen Austrocknung.[1])

4) l. 32 § 1 D. de s. p. u. 8, 2.

1) l. 5 § 2. l. 12. 23. 24. pr. l. 30. 31. D. quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 36 pr. D. de usufr. 7. 1; l. 20 § 2 D. de S. P. U. 8, 2.

### e. Untergang des Subjects.

Realservituten gehen unter mit dem Grundstück, welchem sie zustehen.[2])

Personalservituten erlöschen durch den Tod (nach altem Recht auch durch capitis deminutio) des Berechtigten. Die Möglichkeit einer Vererbung ist durch ihren Begriff ausgeschlossen. Doch erwähnen die Quellen eines Surrogates solcher Vererblichkeit in der Weise, daß durch Testament oder sonstiges Rechtsgeschäft auf den Fall des Todes des Berechtigten alsbald der Erbe des letzteren zum Nießbräucher ernannt wird[3]). Solche Dispositition ermöglicht nicht eine Vererblichkeit des zuerst bestellten Nießbrauchs, sondern enthält die eventuelle Bestellung eines zweiten nach Beendigung des ersten, eine Bestellung unter einer Zeitbestimmung. In gleicher Weise konnte auch im Voraus auf den Fall, daß der zuerst constituirte Nießbrauch durch capitis deminutio des Berechtigten untergehen würde, dem letzteren alsbald der Nießbrauch wieder bestellt werden[4]).

Uebrigens ist es nach dem Zeugniß der Quellen zulässig, einen persönlichen Nießbrauch auch ohne Weiteres mit Bestimmung der Vererbung auf die Erben des ersten Erwerbers zu bestellen.[5]) Wenn die Quellen die Zulässigkeit einer hierauf gerichteten Stipulation aus dem Grunde: licet diversi sint fructus erklären, so ist das natürlich nur ein Versuch einer Construction ohne Anspruch auf wirkliche systematische Gültigkeit, vielmehr ist solchenfalls, wenn nämlich eine ausdrückliche auf Vererbung gerichtete Stipulation vorliegt, eine wirkliche Vererbung anzunehmen. Es scheint aber nicht, daß mit diesem Satz, wie Windscheid § 215 Anm. 7 behauptet, ein schwerer „Eingriff in das Princip der Dienstbarkeitslehre" geschehen, oder gar „die Grundlage derselben mit ihm verlassen" wäre. Allerdings wenn der Nießbrauch in infinitum in der Familie des Erwerbers vererbte, dann würde damit das Eigenthum fast vollständig absorbirt sein, und das wäre gewiß ein Verstoß gegen den volkswirthschaftlichen Gedanken, wel-

2) l. 20 § 2 D. de S. P. U. 8, 2; l. 3 D. quemadm. s. 8, 6.
3) l, 5 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 39 § 4 D. de leg. I. 30.
4) Nicht entgegen steht l. 14 C. de usufr. et habit. 3, 33; sie enthält eine Interpretationsregel dahin: während sonst unter dem Ausdruck heres nicht allein der Erbe, sondern auch dessen Erben ꝛc. verstanden werden soll, wenn der Testator seinem heres den Nießbrauch vermacht hätte, dieser Ausdruck nur auf den ersten Erben bezogen werden kann. Vgl. Elvers S. 120.
5) l. 38 § 12 D. de V. O. 45. 1.

cher den Servituten zu Grunde liegt. Auch würde es allerdings etwas ganz Abnormes sein, solchen in infinitum vererblichen Ususfruct zu bestellen und auf solche Weise einen Zweck anzustreben, der sich durch Uebertragung des Eigenthums naturgemäßer erreichen läßt. Eben daher mag das schwerlich vorkommen, jedenfalls wird die in l. 14 C. de usufr. 3, 33 gegebene Interpretationsregel wohl zugleich den regelmäßig vorkommenden Fall enthalten. Es soll danach, wenn schon der Ausdruck heres nicht allein den nächsten Erben, sondern auch dessen weitere Erben bezeichnet,[5]) im Zweifel doch bei einer solchen Bestellung des Ususfruct der Uebergang nur auf den Erben des ersten Erwerbers, nicht auch auf die weiteren Erben als beabsichtigt angenommen werden.

Bei solcher Beschränkung wird man von keiner Seite etwas einwenden können.

Steht die Personalservitut einer Gemeinde zu, so erlischt sie in 30 Jahren, wenn einer sonstigen Corporation in 100 Jahren, nach einer Bestimmung des positiven Rechts, welche die Analogie der Dauer des menschlichen Lebens auf die juristischen Personen übertrug.

Nach Analogie der oben für den Nießbrauch natürlicher Personen angenommenen Vererbung wird man es auch für zulässig halten, daß durch ausdrückliche Satzung der Parteien juristischen Personen eine persönliche Dienstbarkeit auch auf eine längere Zeitdauer als hundert Jahre gegeben wird.[7])

## § 52.

### f. Confusio und Consolidatio.

Es erlöschen Dienstbarkeiten, sofern Eigenthum und Dienstbarkeit in eine Hand kommen,[1]) nach dem Grundsatz: nulli res sua servit. Fallen Ususfruct und Eigenthum zusammen, so wird dieser Vorgang Consolidatio genannt. Werden Dienstbarkeit und Miteigenthum vereinigt, so hat das nur Einfluß, sofern die

6) l. 65 D. de V. S. 50, 16.

7) Windscheid § 215 Anm. 8 vergl. mit Mittermaier deutsch. Privatr. I. § 166 Nr. 1, Bluntschli, deutsch. Privatr. § 86 Nr. 2, Seuffert, Archiv VIII. 113.

1) l. 1 D. quemadm. s. 8, 6 § 3 J. de usufr. 2, 3. l. 3 § 2. l. 6 pr. D. de usufr. accr. 7, 2; l. 78 § 2 D. de J. D. 23, 3. l. 5 pr. D. si ususfr. pet. 7, 5.

Dienstbarkeit theilbar ist, dann erlischt nämlich die Dienstbarkeit für diesen Antheil des Miteigenthums; ist sie untheilbar, so bleibt sie unverändert.

Es versteht sich von selbst, daß die Dienstbarkeit gar nicht erlischt, sofern der Eigenthumserwerb nichtig wird. Ist aber die Dienstbarkeit einmal erloschen, so tritt sie nicht wieder in Kraft, wenn auch späterhin das Eigenthum wieder in eine andere Hand kommen sollte.[2]) Etwas Anderes ist natürlich die auf solchen Fall etwa ausgemachte Verpflichtung, die Dienstbarkeit auf's Neue zu bestellen.

---

Was sonstige Veränderungen im Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstücks für Einfluß auf den Bestand der Dienstbarkeit üben, ist sehr bestritten.

Man setze zunächst den Fall, daß das herrschende Grundstück von seinem Eigenthümer derelinquirt wird. Nach Ansicht von Elvers S. 94 geht hier die Servitut sofort unter. Böcking, Pand. § 161 not. 12 leugnet das und meint: es könne dann die Dienstbarkeit nur durch Aneignung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks untergehen, durch die Thatsache der Dereliction allein erfolge dieser Untergang noch nicht; Windscheid § 215 Anm. 3. giebt auch das nicht zu, erklärt vielmehr das Verhältniß so: die Servituten „bestehen einstweilen als subjectlose fort. Der Wille des Derelinquirenden war auf Aufgeben seines Eigenthums gerichtet, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit". Allein das widerspricht denn doch allen juristischen Grundsätzen. Es kann ein Recht überhaupt nicht, und auch nicht einmal „einstweilen" subjectlos fortexistiren: kein Recht ohne Subject, der Untergang des Subjects entscheidet immer auch den Untergang des Rechts. Nun ist Subject einer Realservitut, wie wir sahen, nicht das herrschende Grundstück, sondern der Eigenthümer desselben. Existirt nun kein solcher, wie das ja nach erfolgter Dereliction der Fall ist, so hat auch das Recht der Dienstbarkeit aufgehört, zu existiren. Ein später wieder auftauchendes Eigenthum vermag dann selbstverständlich die inzwischen vollzogene Thatsache des Servitutenuntergangs nicht ungeschehen zu machen.

Ebenso streitet man, ob die Dienstbarkeit dadurch untergehe,

---

2) l. 30 pr. D. de S. P. R. 8, 2.

daß das dienende Grundstück aufhört, im Eigenthum zu stehen, mit anderen Worten dadurch, daß es herrenlos wird. Böcking a. a. O. § 159 Note 7, § 160 Note 18. 19. behauptet das; solche Ansicht hängt zusammen mit der Theorie von den partes dominii, welche bei neueren Schriftstellern zu einer Theorie von der Eigenthumsbeschränkung umgeprägt worden ist. Die Falschheit solcher Auffassung wurde oben gezeigt und dargethan, daß der Servitut gar keine Beziehung auf ein an der dienenden Sache bestehendes Eigenthum inwohnt, daher sie an einer herrenlosen Sache ebensogut entstehen wie erhalten werden kann.

## VI. Rechtsschutz der Dienstbarkeiten.

### 1. Actio confessoria.

### § 53.

Die aus dem Recht der Servitut entspringende Klage wird als confessoria actio, vindicatio oder petitio servitutis bezeichnet, (die dem Eigenthümer zustehende, auf Abweisung einer behaupteten Servitut gehende Klage wird actio negatoria genannt)[1]).

Die gewöhnliche und gewiß allein richtige Meinung versteht unter actio confessoria die Klage des Servitutberechtigten auf Schutz seines Rechts, und unter der actio negatoria s. negativa die Klage des Eigenthümers, welcher damit jede partielle Störung seines Eigenthums abwehrt. Dieses Verhältniß wird jedoch mehrfach verkannt.

Ein sehr gewöhnlicher Irrthum ist, daß die actio negatoria auf den Fall der Abwehr einer Servitut zu beschränken und die Freiheit des Eigenthums von der Servitutbelastung zu ihrem Klaggrunde zu machen sei. Es ist das falsch. Die Negatorienklage wehrt jede Beeinträchtigung des Eigenthums, sie mag auf Grund eines anderen Rechts oder ohne alles Recht geschehen. Ihr Klaggrund ist lediglich das Eigenthum, sie ist eine eigentliche Eigenthumsklage, und gehört das Nähere in die Lehre vom Eigenthum.

Ein zweiter Irrthum ist folgender: Einige Aelteren und unter ihnen Beltheim, de act. conf. et negat. Kil. 1822 meinen: derjenige könne die act. conf. anstellen, der das Recht positiver Befugnisse an der Sache behaupte, die act. negat. derjenige, welcher

1) l. 2 pr. § 1. l. 4 § 5 si serv. vind. 8, 5.

dem Gegner eine derartige Befugniß abstreite. So könne es kommen, daß die confessoria nicht allein von einem Servitutberechtigten angestellt werden dürfe, sondern auch von dem, welcher das Nichtvorhandensein einer behaupteten negativen Servitut streitend durchführen wolle. Und ebenso könne mit der negatoria derjenige klagen, welcher als Servitutberechtigter die Existenz einer negativen Servitut behaupte, so wie derjenige, welcher eine affirmative Servitut abwehren wolle. Diese Ansicht ist neuerdings wieder aufgenommen und vertheidigt worden[2]), freilich mit sehr mißlichem Erfolg. Denn abgesehen von der überaus künstlichen, und deßhalb sehr verdächtigen Construction dieser Klagen werden dabei zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse vermischt. Es ist anderwärts genügend nachgewiesen, wie schon oben angedeutet wurde, daß die Befugniß zur Abwehr einer Servitut kein besonderes Recht, sondern ein Ausfluß des Eigenthums ist, und daß die desfallsige Klage das Eigenthum und nur dieses, nicht ein besonderes Recht der Freiheit des Eigenthums, welches gar nicht existirt, zum Grunde hat. Könnte die actio negatoria auch von demjenigen angestrengt werden, welcher eine negative Servitut hat, so wäre sie in diesem Falle eine wirkliche Servitutenklage. So käme es, daß die act. neg. in einem Falle die Klage aus dem Eigenthum, in dem anderen Falle die Klage aus der Servitut wäre. Dieß ist entschieden zu verwerfen, denn es ist undenkbar, daß die Römer Klagen von verschiedenem Klaggrunde unter einem Namen zusammengefaßt hätten[3]).

Nach alledem ist daran festzuhalten, daß die actio confessoria als die einzige Klage auf Verfolgung des Rechts der Servitut, dieselbe sei negativ oder positiv, zu betrachten ist.

In welcher Weise die Klagformel des alten Rechts lautete, läßt sich jetzt nicht mehr mit voller Gewißheit darthun[4]). Da es sich hier um das Recht selbst handelt, so kann nur der Inhaber desselben als Kläger auftreten. Dazu gehört bei Realservituten zugleich, daß er Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[5]) sei. Daß ein bloser redlicher Besitzer auf Grund eines von ihm vorge-

---

2) Fritz, Erläut. z. Wening S. 399 und Zielonacki a. a. O. S. 219 ff.
3) Vgl. übrigens nach Bangerow § 353. Anm. 1.
4) Vgl. Elvers, S. 797 ff. — Keller, röm. Civilproceß. § 15. Schmidt v. Ilmenau, Jahrb. f. gesch. R. W. XV. Zach. v. Lingeth. das. XII. S. 260 ff.
5) l. 4 § 3 l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5.

nommenen Servitutenerwerbs die Confessorienklage habe, wie Puchta § 186. 191. behauptet, ist unerweislich. Die actio Publiciana dagegen (§ 54) dürfte ihm unbedenklich zuzuschreiben sein.

Jeder Miteigenthümer ist legitimirt, selbstständig die Klage anzustellen und zwar, soweit es sich um das Anerkenntniß des Servitutrechts handelt, in solidum, wogegen bezüglich des etwaigen Schadenersatzes die Verurtheilung des Gegners nur mit der Beschränkung auf das Interesse des Klagstellers erfolgt. Das erstrittene Anerkenntniß des Rechts nützt auch den andern Miteigenthümern [5]). Von dem unterliegenden Miteigenthümer sagt Elvers S. 800 Anm. n: „wenn er die Sache schlecht führt und in Folge dessen eine begründete Servitut dem gemeinsamen Grundstück abgesprochen wird, so haben die anderen Interessenten eine actio de dolo gegen ihn, wenn er aus Arglist also handelte und etwa mit dem Verklagten colludirte; kann ihm aber Culpa vorgeworfen werden, so sollen doch die anderen Interessenten nach Marcian's Ausspruch in l. 19 D. h. t. (si serv. vind.) keinen Schaden erleiden, nnd wird ihnen daher wohl durch Restitution zu helfen sein." Dieß bedarf jedoch der Berichtigung. Die angezogene Stelle lautet:

Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum, hoc ceteris damno esse; sed si per collusionem cessit litem adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo, Celsus scripsit; idque ait Sabino placuisse.

Zunächst mag beiläufig bemerkt werden, daß es sich hier nicht blos um eine Realservitut eines im gemeinschaftlichen Eigenthum stehenden Grundstücks, sondern auch um eine Mehreren gemeinsam zustehende Personalservitut handelt.

Der Auslegung der Stelle selbst ist vorauszuschicken, daß nach altem Recht, sobald ein Miteigenthümer in judicium deducirt hatte, das Klagrecht auch der anderen Miteigenthümer consumirt war, mithin jeder ungünstige Ausgang des Processes auch ihnen schadete. Im heutigen römischen Recht kömmt diese Wirkung nicht mehr in Betracht. Es ist nun zur Stelle selbst zu bemerken, daß dieselbe von der Klage eines Miteigenthümers handelt; geht diese resp. der darauf folgende Proceß durch Schuld oder Arglist des klagenden Eigenthümers verloren, so soll das den übrigen Miteigen-

5) l. 1 l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

thümern nichts schaden. Der Grund davon ist sehr einfach. Da es sich eben um eine Klage des Miteigenthümers handelt und hier nicht ein judicium duplex vorliegt, so kann das erfolgende Urtheil keine Verurtheilung des Miteigenthümers, kein Absprechen des gemeinschaftlichen Rechts enthalten, folgeweise auch den übrigen Miteigenthümern nicht präjudiciren. Daß etwa in den Entscheidungsgründen das Nichtvorhandensein des Servitutrechts — etwa auf Grund gegnerischer Nachweise — ausgesprochen wird, ist natürlich ohne Einfluß, da Entscheidungsgründe der Rechtskraft nicht fähig sind. Es kann eben ein ungünstiger Ausgang einer von einem Miteigenthümer angestrengten Klage, da derselbe kein Absprechen des Rechts zur Folge haben kann, auch keinen Einfluß auf das Klagrecht der übrigen Miteigenthümer haben.

Wenn dagegen ein Miteigenthümer mit der actio negatoria verklagt und das von ihm behauptete Servitutrecht aberkannt wird, so wirkt dieses Urtheil gegen alle Miteigenthümer. Es versteht sich übrigens von selbst, daß der verklagte Miteigenthümer, sofern ihm eine Verschuldung oder eine Arglist beim Verlust des Processes beigemessen werden kann, den übrigen Miteigenthümern verhaftet ist.

Diese Grundsätze ergeben sich aus der Anwendung der bekannten Lehre von der Rechtskraft des Urtheils und seiner Wirkung.

Dem Emphyteuta, Superficiar und Pfandgläubiger steht die Confessorienklage utiliter zu[7]). Daß zur Klagberechtigung die Detention der Sache erforderlich wäre, wie Elvers S. 801 behauptet, ist unerweislich.

Nach der Ansicht des Julianus sollte auch der Usufructuar des berechtigten Grundstücks die Confessorienklage haben[8]), allein diese Ansicht wurde verworfen und angenommen, daß der Nießbraucher mit der Klage aus seinem Nießbrauchsrechte die fragliche Servitutbefugniß, deren Vorenthaltung eine Verletzung seines Nießbrauchsrechtes sein würde, durchzusetzen habe[9]). Es ist übrigens einleuchtend, daß diese Meinungsdifferenz, wie schon von anderer Seite nachgewiesen wurde, nur bezüglich der Klagformel von Einfluß, practisch aber ganz gleichgültig war und im heutigen Recht keine Bedeutung mehr hat[10]).

7) l. 16 D. de serv. 8, 1.; l. 3 § 3 l. 9 D. de O. N. N. 39, 1; l. 1 § 9 D. de superfic. 43, 18; l. 1 § 5 D. de remiss. 43, 25.
8) l. un. § 4 D. de remiss. 43, 25; l. 2 D. de O. N. N. 39, 1.
9) l. 1 pr l. 5 § 1 D. si ususfr. pet. 7, 6.
10) Vgl. Ihering, Abhandlungen S. 124 ff., 140.

Die Klage geht auf Anerkennung des Servitutrechts, Aufhebung der Verletzung mit allen ihren Folgen, und kann in letzterer Beziehung nach Art der Servitut und ihrer Verletzung höchst mannichfaltig sein sie kann nämlich bezwecken: Wiederherstellung der Servitut, wenn sie während des Processes durch Nichtausübung verloren geht[11]), Ersatz des durch die Verletzung verursachten Schadens[12]); bei persönlichen Dienstbarkeiten eventuell Restitution der Sache nebst Früchten wie bei der Vindication[13]); Verbot fernerer Störung und eventuell Cautionsleistung wegen deren Unterlassung, cautio de non amplius turbando[14]).

## 2. Actio Publiciana.

### § 54.

So wie der Rei vindicatio eine actio Publiciana entspricht, so auch der actio confessoria in Fällen, welche l. 11 § 1 de publ. act. 6, 2 bezeichnet:

Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Die Publiciana steht Jedem zu, der einen rechtmäßigen Grund des Eigenthumserwerbs für sich und nach demselben in gutem Glauben die Sache erlangt hat. Sie ist gegeben zum Schutz solchen Erwerbers für den Fall, daß er auf diese Weise doch nicht Eigenthümer geworden sei, sei es wegen Hindernissen in der Person des Veräußerers, indem dieser unfähig ist zu veräußern, (Wahnsinniger ꝛc.) oder selbst kein Eigenthum hatte, oder wegen vorhandener Mängel des Geschäfts[1]).

Derselbe Grund, der ein auf solche Weise erlangtes totales Herrschaftsverhältniß zu schützen gebot, mochte auch das auf gleiche

---

11) l. 5 § 5 D. si usufr. pet. l. 8 § 4 D. si serv. vind. 8, 5.
12) l. 4 §, 2, 3. l. 6 § 6 D. eod; l. 5 Cod. de serv. 3, 34.
13) l. 5 § 3—6 D. si usufr. pet.
14) l. 7 D. si serv. vind. 8, 5; vgl. l. 7 D. de aqua quot. 43, 20. vgl. auch Reichsabsch. v. 1654 § 162.

1) l. 13 pr. D. de publ. act. 6, 2: Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, debitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.

Weise erworbene partielle Herrschaftsverhältniß, wie es die Servitut bietet, mit demselben Schutze umkleiden. Es ist hier wie dort der Grund, daß das auf eine justa causa gestützte Herrschaftsverhältniß im Widerstreit gegen die ohne bessere Legitimation sich der Sache Anmaßenden geschützt werden müsse. Man gab also auch hier die actio Publiciana.

Ob auch der Erwerb des herrschenden Grundstücks von einem unredlichen Besitzer den Erwerber zur Anstellung der Publicianischen Klage berechtigte, ist bestritten[2]), jedoch, wie es scheint, mit Unrecht. Es handelt sich um den Schutz eines Erwerbs, der zum Eigenthum nicht geführt hat, aber sich auf eine justa causa stützt, und dabei kömmt es auf den guten Glauben des **Erwerbers** an; weßhalb aber ein guter Glaube des Veräußerers erforderlich sei, ist nicht abzusehen. Die in den Quellen gegebenen Entscheidungen sprechen auch ausdrücklich aus, daß mala fides des Auctors nichts schade[3]).

### 3. Besitzesklagen.

### § 55.

Die weitere Ausbildung der Theorie vom Quasibesitz hatte zur Folge, daß man die Besitzesklagen theils unverändert, theils besonders zugerichtet auf diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen man einen Quasibesitz annahm, anwendete. Die Rechtsquellen enthalten hierüber folgende Grundsätze.

A. Den persönlichen Servituten sind, wohl weil deren Ausübung mit der Detention der Sache verbunden ist, die Interdicte des Eigenthumsbesitzes, uti possidetis[1]), utrubi, de vi[2]), de precario[3]) sämmtlich gegeben, und zwar im Justinianeischen Recht als directe Klagen.

B. Von den Realservituten ist Folgendes zu bemerken:

---

2) Vgl. Hasse, Rhein. Mus. I. S. 116. Nota. Ihering, Abhandl. S. 143, 144. H. Witte, Zeitschr. f. C. u. Pr. XIV. S. 158—163. Arndts, § 191. Anm. Seuffert, Archiv XIV. 209.

3) l. 7 § 15 D. h. t.: Bonam autem fidem solius emtoris continet. vgl. auch l. 7 § 11.

1) l. 4. D. uti poss. 43, 17. Vat. fr. 90.

2) l. 3 § 13—18 D. de vi 43, 16. l. 60 pr. D. de usufr. 7, 1; l. 27 D. de donat. 39, 5.

3) Dieß wird trotz der bestimmt lautenden l, 2 § 3 D. de precar. 43, 26 von Puchta, § 139. not. 6., bestritten.

Die interdicta recuperandae possessionis können hier keine Anwendung finden [4]).

Das interdictum uti possidetis dagegen hielt man früher allgemein bei allen Arten von Servituten für anwendbar, indem man dieſen poſſeſſoriſchen Schutz zumal auf l. 20 D. de servit. 8, 1 begründete [5]).

Einige Juriſten beſtreiten die Zulaſſung des Interdicts in dieſer Allgemeinheit und beſchränken daſſelbe auf die servitutes praediorum urbanorum; ſie meinen nämlich, daß der Beſitz dieſer Servituten, ſo wie ſie dieſelben faſſen, eigentlich in dem Beſitz der Hauptſache mit enthalten, mithin ihre Störung zugleich Störung des Beſitzes der Hauptſache ſei, daher ſie inſofern zu jenem Interdict berechtige. Anders verhalte es ſich bei den s. praediorum rusticorum, daher ſeien für dieſe beſondere Interdicte gegeben, wohingegen ſie zu dem interd. uti possid. nicht berechtigten [6]).

Andere gehen noch weiter, indem ſie auch bei allen negativen Servituten das Interdict für unanwendbar erklären, ſo daß ſie daſſelbe nur bei denjenigen Urbanalſervituten, welche eine mit einem Gebäude unmittelbar zuſammenhängende Vorrichtung haben, zulaſſen [7]).

Noch Andere endlich ſchließen es auch da aus und erklären es für völlig unanwendbar bei Realſervituten überhaupt [8]). Die Hauptgründe ſolcher Anſicht ſind, namentlich wie ſie Vangerow vorbringt, folgende:

a. Der weſentliche Zweck dieſes Interdicts ſei der, die Parteirolle für das Petitorium zu beſtimmen, und inſofern ſei es auf die Servitut gar nicht anwendbar. Indeſſen iſt ſolcher Zweck nicht der einzige, vielmehr iſt auch und wohl vielmehr Hauptzweck, den Beſitz zu conſtatiren und zu fixiren, und das hat ſelbſtverſtändlich auch für

---

4) l. 4 § 27 D. de usurp. 41, 3: nec de via quis id est, mero jure detraditur.

5) Thibaut, Arch. f. c. Pr. I. S. 111 ff. Pfeiffer, prakt. Ausf. VII. S. 417 ff.

6) So Savigny Beſitz § 46. 6. Aufl. S. 586 ff. und nach ihm Mackeldey, Lehrb. § 294. Luden a. a. O. § 193. Göſchen, Vorleſ. II. § 609; v. d. Pfordten, Arch. f. c. Pr. XXII. S. 22 ff.

7) Rudorff, geſch. Zeitſchr. XI. S. 349 ff. Heerwart, Zeitſchr. f. C. u. Pr. XII. S. 147 ff. Bruns d. R. d. Beſitzes S. 89 ff. Arndts, Pand. § 192. Anm. 4.

8) Rauschenplat de on. prob. in neg. act. p. 29. Wiederhold, das interd. Uti possid. S. 48 ff. Burchardi, Arch. f. c. Pr. XX. S. 24 ff. Pfeiffer, Beſitz S. 133 ff. Vangerow § 355 Anm. 2.

die Realservituten Bedeutung. — Uebrigens ist auch dieser, wie jeder andere Einwand von Vangerow nicht wohl überlegt, denn mit demselben Recht hätte er auch den persönlichen Servituten dieses Interdict absprechen müssen, was er nicht thut. Wenn er ferner meint, daß es dieses Interdicts zum Schutze der possessio nicht bedürfe, da andere Rechtsmittel, operis novi nunciatio und das interd. quod vi aut clam zu solchem Zwecke zustünden, so könnte man ebensogut sagen, es bedürfe dieser Rechtsmittel nicht, da das interd. uti possid. vorhanden sei. Uebrigens sind Voraussetzungen und Wirkungen dieser Klagen in manchen Stücken verschieden, sie mögen daher recht wohl ihren Werth neben einander behaupten.

b. es sei die Anwendbarkeit des Interdicts bei Realservituten durch kein Gesetz begründet, ja es existirten

c. ausdrückliche Stellen, welche seine Unanwendbarkeit documentirten.

Dem ersteren Umstande würde keine allzu große Bedeutung beigemessen zu werden brauchen, wohl aber dem letzteren, wenn er wahr wäre. Allein die Art, wie Vangerow abweichend von der gewöhnlichen Erklärung der von ihm angeführten Stellen diese für seine Meinung interpretirt, befriedigt in der That nicht, und so mag auch nicht zugegeben werden, daß die Anwendbarkeit des Interdicts durch ausdrückliche Quellenzeugnisse ausgeschlossen wäre.

Vangerow beharrt überhaupt bei seiner Meinung, nicht ohne in Widerspruch mit seinen anderweiten Sätzen zu gerathen. Denn zuvor hat er den Servitutenerwerb durch longa quasi possessio für alle Servituten und für die Realservituten zumal für zulässig erklärt und als Voraussetzung desselben „juristischen Besitz" der Servitut verlangt, d. h. „daß bei den einzelnen Handlungen der animus jus sibi habendi, also der Wille, ein Servitutrecht auszuüben, vorhanden sein" müsse. Findet nun aber juristischer Besitz an allen Servituten statt, so folgt daraus doch wohl, daß man im Besitz aller Servituten durch die Interdicte und speciell durch das interdictum uti possidetis geschützt werde. Gewiß ist kein Grund ersichtlich, weßhalb dies anders sein solle.

Nach der früher gegebenen Auseinandersetzung findet in der That die Quasipossessio an allen Arten von Servituten statt, diese Quasipossessio ist bei allen Servituten juristischer Besitz, und daraus ergiebt sich — in Abwesenheit abweichender Bestimmungen — als nothwendige Folge, daß bei ihnen allen der Besitz den Schutz

der Interdicte, und speciell den Schutz durch das Interdictum uti possidetis genießt.

So muß schon nach römischem Recht angenommen werden. Gewiß ist auch, daß eine constante deutsche Praxis, unbekümmert um alle theoretischen Streitigkeiten und in richtiger Erkenntniß der Verhältnisse für alle Servitutenarten possessorische Rechtsmittel zuläßt, und in Rücksicht auf diese entscheidende Praxis mag man alle weiteren Streitigkeiten sein lassen.

Auch für die positiven Servituten soll das interdictum uti possidetis nach der Behauptung Einiger, zumal Vangerow's nicht zulässig sein. Puchta § 139, nach dem Vorgang Savigny's, Besitz § 46 behauptet: der Besitz derjenigen Dienstbarkeiten, die in und mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden, sei durch das interdictum uti poss. geschützt, weil eine Störung solcher Servituten zugleich eine Störung des Grundstücksbesitzes sei; dieß sei anders bei den servitutes praediorum rusticorum (in Puchta'schem Sinne); eine einfache Uebertragung des Interdicts auf dieselben sei unthunlich gewesen, „weil eine besondere Bestimmung darüber, wer als gegenwärtiger Besitzer dieser Rechte, die eine unterbrochene Ausübung haben (discontinuae servitutes) nöthig ist."

Es scheint indessen, als bedürfe solche Ansicht einiger Erläuterung und bezüglich Modification. Da nämlich, wie oben auseinandergesetzt wurde, diese Servituten des Besitzes für fähig erklärt werden, so folgt daraus ohne Weiteres die Anwendbarkeit des interdict. uti possid. auf dieselben. Aber es war allerdings wegen der Eigenthümlichkeit einiger Realservituten nothwendig, dem Interdict noch gewisse, diese Eigenthümlichkeit berücksichtigende Bestimmungen beizufügen, und dieß ist insbesondere für die servitus itineris und actus, aquaeductus, aquaehaustus und pecoris ad aquam appulsus geschehen. Das so modificirte Interdictum uti possid. wird für diese Rechte unter besonderem Namen: interdictum de itinere actuque privato etc. aufgeführt. Es ist aber nicht zu vergessen, daß alle diese Interdicte nichts sind als das Interd. uti possidetis in specieller Anwendung.

Solcher Auffassung folgend wird man auch nicht nöthig haben, für die Realservituten, für welche kein besonders benanntes Interdict vorhanden ist, ein „analoges" Interd. uti possidetis zu

construiren [9]), außerdem auch noch die interdicta recuperandae possessionis beizuziehen [10]) oder mit der Spolienklage eine Aushülfe zu versuchen [11]), oder mit Puchta anzunehmen, daß hierauf jene besonderen Interdicte analog anzuwenden seien; nämlich bei solchen Servituten, deren Ausübung in bloßen Handlungen besteht, sollen die Grundsätze vom interdictum de itinere, bei solchen, deren Ausübung nicht ohne eine besondere umständliche Vorrichtung möglich ist, die Grundsätze von dem interd. de aqua und von den übrigen Interdicten zur Anwendung kommen. Der letztere Vorschlag, welcher auch von Keller, Pand. § 186 gebilligt wird, trägt den Stempel eines Nothbehelfs an sich und entbehrt der Begründung.

Man vergleiche übrigens auch die Aufeinanderfolge der Titel in den Pandecten. Das 43. Buch handelt von den Interdicten, tit. 16 vom interd. de vi, tit. 17 vom interdictum uti possidetis und nun folgen das interd. de superficiebus, von welchem die Analogie des interd. uti poss. ausdrücklich angeführt wird [12]) und dann das interd. de itinere, de aqua, de rivis, de fonte, de cloacis und dann kömmt in tit. 24. eine neue Gattung, das interd. quod vi aut clam etc. Uebrigens besteht zwischen diesen besonderen Interdicten eine in der Natur des Rechts begründete Verschiedenheit von dem interd. uti poss., die nämlich, daß sie nicht duplex sind.

## § 56.

Solcher Modificationen des Interdictum uti possidetis kommen in den Quellen folgende vor:

1. für die Wegerechte:

a. interdictum de itinere actuque privato. Zur Anstellung desselben ist jeder befugt, welcher im letzten Jahre nec vi nec clam nec precario sich des Weges über das fremde Grundstück bedient hat [1]) und zwar, um damit ein Recht auszuüben [2]).

---

9) Mühlenbruch unter Berufung auf l. 8 § 5 in f. si. serv. vind. 8, 5 und l. 29 D. de serv. 8, 1.

10) So die Glosse und Thibaut, Archiv f. d. c. Pr. I. 7, 2.

11) Savigny, Besitz S. 631.

12) l. 1 § 2 D. h. t.

1) l. 1 pr. D. de itin. 43, 19: Praetor ait: quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.

2) l. 7 cit.

Es beschränkt sich auf die Beschützung ländlicher Dienstbarkeiten[3]). Der Weg muß im vergangenen Jahre vel modico tempore, id est non minus, quam triginta diebus ausgeübt worden sein[4]); man hat das so auslegen wollen, als brauche die Ausübung nur mehrmals und zwar so geschehen zu sein, daß das erste und letzte Mal wenigstens 30 Tage auseinander liegen: allein solche Auslegung widerstreitet denn doch den mitgetheilten klaren Worten.

Es ist nicht nothwendig, daß der Kläger selbst an allen diesen Tagen sich des Weges bedient habe, vielmehr wird der letztere, einmal angetreten, dadurch erhalten, daß Andere ihn gehen, nur wird freilich vorausgesetzt, daß diese des Rechts des Klägers sich haben bedienen wollen.[5]).

Vorhandene Bedingungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewirken eine Verdoppelung der einjährigen Frist[6]).

b. interdictum de itinere actuve reficiendo.

Während das erstere Interdict ganz unabhängig ist von dem Haben des Rechts der Servitut, setzt dieses das Vorhandensein desselben als unerläßliche Bedingung voraus. Es erfordert Recht und Besitz[7]).

Dieses Interdict stimmt in seinen Requisiten mit der actio confessoria überein und hat nach Aufhebung des Unterschiedes zwischen interdictum und actio seine Hauptbedeutung verloren; es hat für das heutige Recht nur da allenfalls noch etwas Besonderes, wo für die Interdicte der summarische Proceß verstattet wird, für die Confessorienklage aber nicht[8]).

2. für die Wasserrechte[9]).

a. interdictum de aqua.

Es ist ein Interdict zum Schutz einer Wasserleitung und setzt voraus, daß die Leitung an einem einzigen Tag oder in einer einzigen Nacht im vergangenen Jahre resp. bei einem Sommerwasser im vergangenen Sommer stattgefunden habe.

Das Interdict findet sowohl bei städtischen als bei ländlichen Dienstbarkeiten statt.

---

3) l. 1 § 1 D. h. t.
4) l. 1 § 2 h. t.
5) l. 1 § 7, 8 D. h. t.
6) l. 1 § 9. § 10 cit
7) l. 3 § 11, 13, 14 D. h. t.; l. 2 § 2 D. de interd. 43, 1.
8) Vgl. Savigny Besitz S. 598. Keller, S. 368.
9) Tit. D. de aqua quot. 43, 20.

Es setzt voraus, daß die Ausübung in gutem Glauben und nec vi nec clam nec precario geschehen sei.

b. interdictum de rivis[10]);

Der durch das vorige Interdict geschützte Besitz einer Wasserleitung verleiht auch die Befugniß zur Ausbesserung der Leitung, verfolgbar durch das interd. de rivis, von welchem ganz dasselbe gilt wie von jenem. Vorhandensein des Rechts der Servitut ist auch hier nicht erforderlich.

3. Aquaehaustus und pecoris ad aquam appulsus,

geschützt durch das interdictum de fonte und de fonte reficiendo, von denen das Gleiche gilt, wie von den Interdicten unter 2 a und b.

4. Interdictum de cloacis,

auf Gestattung der Reinigung und Ausbesserung eines bestehenden Abzugscanales[11]).

10) Dig. de rivis 43, 21.

11) Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XV. 3; Brinz I. S. 94 ff.

Druck von Ferber & Seydel in Leipzig.

Im Verlage von **Joh. Ambr. Barth** in Leipzig sind ferner erschienen:

**Clossius** (W. F.), Hermeneutik des Römischen Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis im Grundrisse. Mit einer Chrestomathie von Quellen. gr. 8. 1 Thlr. 6 Ngr.

**Codicis Theodosiani** libri V priores. Ed. C. F. Chr. Wenck. 8 maj.
Charta impr. 1 Thlr. 21 Ngr.
Charta script. 2 Thlr. 3 Ngr.

**Danz** (C. G. W.), die agrarischen Gesetze des Preußischen Staats seit dem Jahre 1806 ꝛc. Vier Abtheilungen in fünf Bänden systematisch zusammengestellt und bearbeitet. gr. 8. 17 Thlr. 12 Ngr.

**Erxleben** (A.), die Condictiones sine causa. Erste Abtheilung: die condictio indebiti. gr. 8. geh. 1 Thlr.

**Examinatorium** über römische und außerrömische Rechtsdisciplinen zur Vorbereitung für die juristischen Examina. Von einem praktischen Juristen. gr. 8. geh. 22½ Ngr.

**Haubold** (C. G.), Opuscula academica ad exempla a defuncto recognita. Ed. C. F. Chr. Wenck, eoque defuncto absolvit F. C. G. Stieber. 2 Vol. 8 maj. 10 Thlr.

**Heimbach** (G. E.), die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. gr. 8. 3 Thlr. 21 Ngr.

**Heineccius** (J. G.), elementa juris civilis secundum ordinem institutionum. Editio IIa, quam curavit Bienerus. 8 maj. 1 Thlr. 6 Ngr.

**Heinrich** (H.), Aus der Schuldhaft! Ein Nothschrei an unsere Gesetzgeber. gr. 8. geh. 5 Ngr.

**Hoffmann** (Chr. F.), Handbuch des im Königlich Preußischen Herzogthume Sachsen geltenden Lehnrechts. gr. 8. geh. 21 Ngr.

**Höpfner** (L.), Entwurf einer bürgerlichen Gerichtsordnung für Deutschland, nebst dazu gegebener Begründung. 2. Ausg. gr. 8. geh. 1 Thlr.

——— Rechtsfälle zum Gebrauche eines Civil-Process-Practicum. Semester 1—3 oder Fascikel 1—120. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22½ Ngr.

**Kaim** (Jf.), das Kirchenpatronatrecht, nach seiner Entstehung, Entwickelung und heutigen Stellung im Staate, mit steter Rücksicht auf die ordentliche Collatur. Erster Theil: die Rechtsgeschichte. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22½ Ngr.

**Krawel** (R. von), Bedenken über das Französische Wesen der für Preußen, Baiern und von der Commission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Proceßordnung. gr. 8. geh. 18 Ngr.

**Kritz** (P. L.), Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben. Mit wissenschaftlichen Excursen versehen. 1—5 Bd. gr. 8. 10 Thlr. 6 Ngr.

**Languet** (H.), Vindiciae contra tyrannos. Ueber die gesetzliche Macht des Fürsten über das Volk und des Volkes über den Fürsten. Nach der Ausgabe von 1580 bearbeitet von R. Treitschke. gr. 8. 1 Thlr.

**Marezoll** (Th.), Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 8. Aufl. gr. 8. geh. 2 Thlr. 15 Ngr.

**Metzsch** (H. A. von), die Vorschriften der Königl. Sächs. Strafproceßordnung vom 11. August 1855, betreffend das Verfahren in gerichtsamtlichen Untersuchungen unter Berücksichtigung der strafproceßrechtlichen Verordnungen und Entscheidungen bis zum Ende des Jahres 1858 bearbeitet. gr. 8. geh. 16 Ngr.

**Osenbrüggen** (E.), de jure belli et pacis Romanorum liber singularis 8 maj. 15 Ngr.

**Puchta** (G. F.), Pandekten. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. F. Rudorff. 10. Aufl. gr. 8. geh. 4 Thlr.

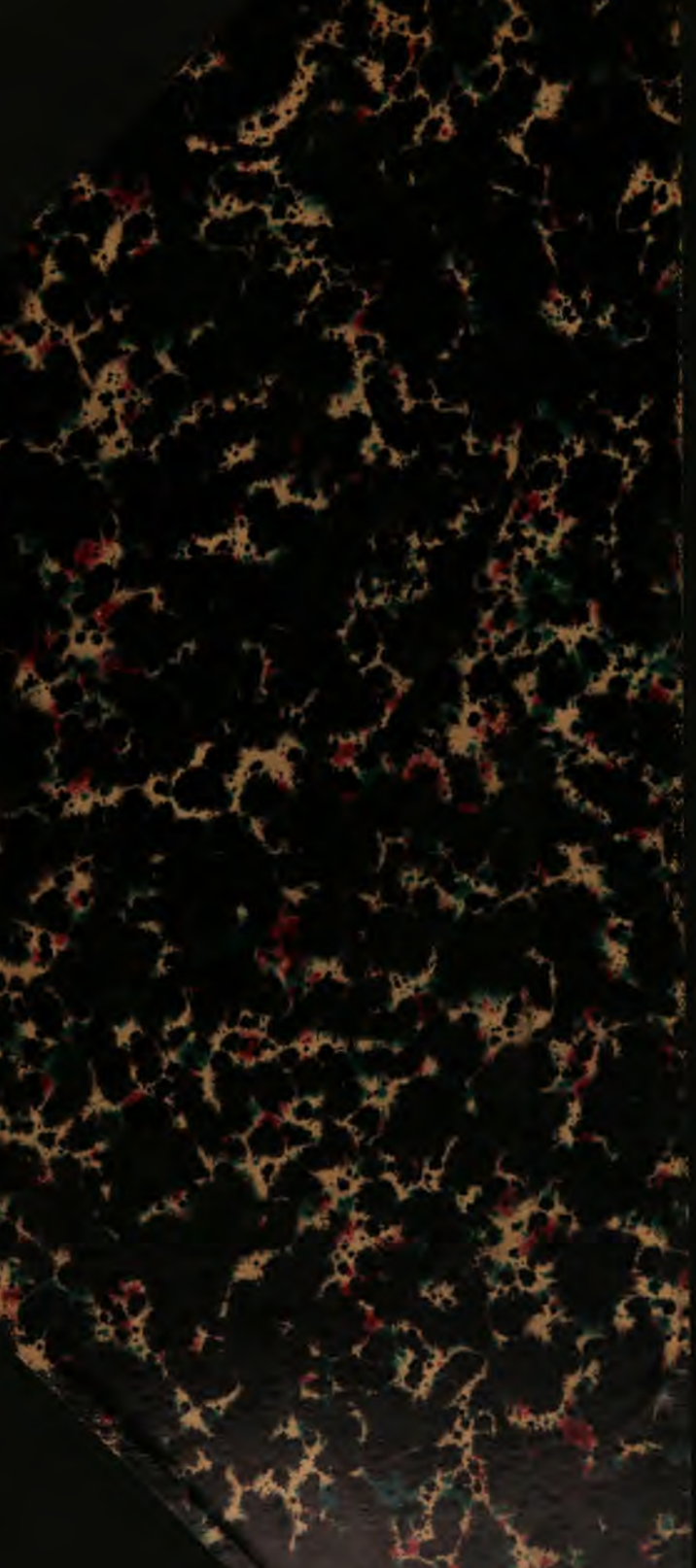
**Die Reichsgesetze** in Portemonnaie-Format.
I. Verfassung des deutschen Reichs. 2 Ngr.
II. Entwurf der Verfassung des deutschen Reichs nach der Uebereinkunft der Kronen Preußen, Sachsen und Hannover. 2 Ngr.
III. Allgemeine Wechselordnung für Deutschland. 2 Ngr.

**Unterholzner** (K. A. D.), ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2. Auflage, bearbeitet von Th. Schirmer. 2 Bde. gr. 8. geh. 5 Thlr.

——— quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Herausgegeben von Ph. E. Huschke. 2 Bde. gr. 8. 7 Thlr. 21 Ngr.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA LIBRARY
BERKELEY

Return to desk from which borrowed.
This book is DUE on the last date stamped below.

LD 21–100m-9,'48(B399s16)476

YC 06714
~~YC 06679~~